Université de Rennes — Faculté de Droit

Le Concessionnaire de Service Public

ET

L'AUTORITÉ CONCÉDANTE

(Etude de Jurisprudence)

THÈSE pour le DOCTORAT ECONOMIQUE

Présentée et soutenue le 3 Mai 1912

PAR

CHARLES GAUDUCHEAU

Avocat à la Cour d'Appel
Secrétaire de la Conférence du Stage
Lauréat de la Faculté de Droit de Rennes

EXAMINATEURS :

MM. Artur, Gidel, Bonnard, Professeurs

RENNES
IMPRIMERIE L. CAILLOT ET FILS

1912

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549201_0010

Le Concessionnaire de Service Public et l'Autorité Concédante

Université de Rennes — Faculté de Droit

Le Concessionnaire de Service Public

ET

L'AUTORITÉ CONCÉDANTE

(Etude de Jurisprudence)

THÈSE pour le DOCTORAT ECONOMIQUE

Présentée et soutenue le 3 Mai 1912

PAR

CHARLES GAUDUCHEAU

Avocat à la Cour d'Appel
Secrétaire de la Conférence du Stage
Lauréat de la Faculté de Droit de Rennes

ACAD. LUGD.BAT. BIBL.

EXAMINATEURS :
MM. Artur, Gidel, Bonnard, Professeurs

RENNES
IMPRIMERIE L. CAILLOT ET FILS
—
1912

BIBLIOGRAPHIE

Aucoc. — *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'Ecole des Ponts et Chaussées*, 3e édition, 1885. 3 volumes.

Barthelemy. — *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés sur le droit administratif français*. Thèse Droit. — Toulouse 1899.

Note sur l'*Interprétation des lois par le Parlement* dans la Revue de Droit public, par abréviation R. D. P. 1911, p. 129 et p. 379.

Batbie. — *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*. 2e édition, 1885.

Bequet. — *Repertoire de droit administratif*.

Berthelemy. — *Traité élémentaire de droit administratif*. 6e édition, 1906.

Bluntschli. — Allgemeines, Staatslehre. 1851. *Le droit public général*. — Traduction Riedmatten, 1885.

Carrard, Heusler et Hilty. — *Drei Reichtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen*.

Chardon (Henri). — *Les Travaux publics*. — Paris, librairie Didier, 1904.

Christophle. — *Traité théorique et pratique des Travaux publics*. 2e édition, 2 vol. in-8, 1889-1890.

Conclusions. — Teissier. — 23 janvier 1903, p. 62.

Conclusions. — Romieu. — 9 décembre 1907, p. 913.

Conclusions. — Blum. — Arrêt, 11 mars 1910.

Cruet (Jean). — *Etude juridique de l'arbitraire administratif*. Thèse de Droit, Paris, 1906.

Dufour. — *Traité général de droit administratif appliqué*. 3e édition, 1870.

Duguit. — *Traité de droit constitutionnel*. 1911. 2 vol.

De la situation des particuliers à l'égard des services publics. R. D. P. 1907, p. 411.

Guillouard. — *Notion juridique des actes d'exécution des concessions administratives*. Thèse de Droit, Caen, 1903.

Hauriou. — *Précis de droit administratif et de droit public*. 7e édition. Paris, Larose, 1911.

Hauriou. — Note relative aux *pouvoirs de l'administration vis à vis du concessionnaire de service public*. (S. 1904. III, 49).

Note sur les *concessions de service public*. (S. 1904, III, 81).

Note sur la *concession de service public*. (S. 1911, III, 1).

Jèze. — *Principes généraux du droit administratif*. 1904.

Cours élémentaire de science des finances et de législation financière. Paris, Giard et Brière, 1912. 5e édition.

Jèze. — Contentieux de l'annulation. De l'intérêt requis pour former un recours pour excès de pouvoir. *Nature juridique des cahiers des charges.* R. D. P., 1905, p. 346.

Rapports juridiques entre l'administration et le concessionnaire d'un service public. Nature juridique du cahier des charges. R. D. P., 1907, p. 678.

L'Administration doit-elle payer une indemnité au cas de préjudice causé par l'émission d'une règle de droit nouvelle. R. D. P. 1908, p. 58 et p. 663.

De la responsabilité des patrimoines administratifs. R. D. P., 1910, p. 78.

Nature juridique de la concession de service public. R. D. P., 1910, p. 270.

Laband. — *Le Droit public de l'Empire allemand,* traduction française, collect. Boucard et Jèze.

Laferrière. — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux.* Tomes I et II. 2e édition, 1896.

Loenig. — Verwaltungsrecht. *Cours de droit administratif.*

Otto Meyer. — *Le droit administratif allemand.* Tome IV.

Traduction française. Collection Boucard et Jèze.

Moreau. — *Manuel de droit administratif.* 1909.

Perriquet. — *Traité théorique et pratique des travaux publics.* 1883, 2 volumes.

Pilon. — *Monopoles Communaux*. Thèse droit, Caen. 1899.

Raneletti. — *Theorica generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative ;* I, Concetto e natura ; II, Capacita e Volonta ; III, Facolta da esse create, Torino, 1894-1897.

Rolland. — *Les retraites des cheminots et le droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics.*
R. D. P. 1905, p. 520.

Ripert. — *Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles*. R. D. P., 1905, p. 1.

Teissier. — *La responsabilité de la puissance publique*. Paris, 1906.

INTRODUCTION

L'objet de cette étude est de rechercher quels sont pour la jurisprudence les droits de l'Etat, et en général de toute personne publique en face d'une concession de service public.

En effet, le service public concédé reste un service public, et l'Etat doit par suite veiller à son bon fonctionnement, mais cette obligation nécessite certains pouvoirs, les possède-t-il en l'absence de clause spéciale dans l'acte de concession ou même malgré les clauses formelles de cet acte ? Telle est la question que nous voulons examiner.

Le service public, ici au lieu d'être, comme dans le système de la régie, directement exploité par l'Etat au moyen d'agents nommés et rétribués par lui, et avec les ressources en matériel et en argent dont il dispose, est confié à un particulier ou le plus souvent à une société qui s'engage à l'établir et ensuite à l'exploiter pendant un certain temps, moyennant une rétribution provenant de taxes perçues sur les usagers du service, mais à charge pour lui de se procu-

rer les ressources nécessaires en personnel, argent et matériel.

L'exploitation étant ainsi l'objet principal de la concession, on tend de plus en plus à dire « *concession de service public* » (1), plutôt que « concession de travaux publics », cette dernière expression, indépendamment du reproche ci-dessus formulé, ayant souvent un sens plus étroit se confondant avec l'expression de « marché de travaux publics ou d'entreprise » qui ne comporte pas l'exploitation du service par le concessionnaire après l'avoir établi.

En effet, dans l'Entreprise l'Administration s'adresse à un entrepreneur ou encore à un fournisseur qui se charge d'effectuer le travail ou de livrer la fourniture dans les conditions indiquées par l'Administration, et ce moyennant un certain prix déterminé à l'avance.

Au contraire, dans la concession de service public le concessionnaire n'est pas dessaisi du service public aussitôt son établissement réalisé, il lui reste à l'exploiter en percevant en échange certains droits sur les usagers.

« L'entrepreneur qui traite avec l'Administration fait un louage d'industrie : l'Administration lui doit

---

(1) Cette expression est celle adoptée d'ailleurs par M. le Doyen Hauriou dans son *Précis de Droit administratif*, 6e éd., p. 69 ; par M. Duguit dans son *Traité de Droit Const.*, t. I, p. 171 ; par M. Jèze, R. D. P., 1907, p. 678. En outre, elle figure dans le décret du 31 mai 1910 sur l'organisation du Conseil d'État au contentieux, article 3, § 1. En Allemagne on dit concession d'entreprise publique (Otto Mayer, éd. fr., t. IV, p. 153).

le prix de ses travaux, et cette somme une fois acquittée, les rapports juridiques cessent entre les parties, qui sont, l'une et l'autre, dégagées de leurs obligations, sauf toutefois en ce qui concerne la garantie décennale.

Le Concessionnaire, au contraire, est subrogé aux droits de l'Administration, et pendant un temps plus ou moins long (en général 99 ans), il est dans la position où serait le concédant s'il avait fait les travaux par lui-même (1) ».

La Concession de service public n'est pas d'ailleurs d'origine récente. Elle a été beaucoup employée et avec succès : c'était un mode de gestion des services publics qui devait fatalement tenter des Etats dont les disponibilités financières et le crédit étaient fort limités.

C'est ainsi qu'avant 1789, elle était le procédé normal auquel on avait recours pour la construction et l'exploitation des canaux en France : « dès 1554 on trouve la concession du canal de Craponne, plus tard des canaux de Briare (1638), de Beaucaire (1644), du Midi (1666), d'Orléans (1679), de Beaucaire à Aigues-Mortes (1701), de la Somme à l'Oise (1724), de Givors (1788).

Le Concessionnaire percevait un droit de péage sur les usagers : Le concédant apportant seulement un concours financier consistant le plus souvent dans le paiement d'une subvention et dans l'achat des ter-

---

(1) Batbie, t. VII, 2e éd., n° 256.

rains nécessaires au concessionnaire : les « Etats », dans les provinces où ces anciennes assemblées existaient encore, favorisaient également ces concessions par l'octroi de subventions (1). »

C'est encore par ce procédé que furent exécutés de nombreux travaux sur les fleuves pour les rendre navigables : on trouve par exemple des concessions dans ce but relatives à la Loire (23 juillet 1783), à la Dordogne (31 août 1728).

Cet avantage qu'elle possède de procurer indirectement à l'Etat le crédit qui lui manque, et ainsi de permettre une exécution plus prompte des travaux, que ne l'eût pu la personne administrative en usant de l'impôt, l'a fait également adopter pour les transports par voies ferrées (Convention de 1883 entre l'Etat et les grandes compagnies).

Cependant depuis quelques années un courant d'opinion semble se dessiner contre la concession.

Plusieurs raisons expliquent cette défaveur de la concession : le développement insensible, mais certain, des idées collectivistes, la charge plus lourde, en définitive, qui en résulte pour le contribuable, puisque outre le coût et les frais d'exploitation, le concessionnaire perçoit un bénéfice : enfin *et surtout* on reproche à la concession de gêner le développement économique du pays, de paralyser toute amélioration du service.

En effet, pour être avantageuses vis à vis de l'ad-

---

(1) Christophle, *Tr. de Travaux Publics*, t. II, p. 4, 2e éd.

ministration concédante, les concessions doivent porter sur un certain nombre d'années, en général 99 ans. Pendant ce temps l'Etat va-t-il pouvoir modifier l'organisation du service et par voie de conséquence la situation du concessionnaire, afin de faire profiter les administrés de progrès réalisés dans le domaine de la science, ou dans le seul but d'apporter une amélioration dans le fonctionnement du service ?

Il semble bien que l'Etat doive posséder un tel pouvoir, sans quoi la concession ne serait qu'un procédé d'exploitation très défectueux, comme entravant la marche déjà si lente du progrès et ne permettant pas de tenir suffisamment compte des besoins nouveaux des administrés.

Pour s'en convaincre il suffit de supposer que tous les services publics aient été concédés en 1814, et de songer à tous les progrès réalisés depuis, principalement dans le domaine de l'éclairage et des transports, progrès qui pourtant ne seraient que purement théoriques si l'on reconnaissait à la concession un caractère intangible dans son ensemble. L'Etat eût-il concédé, à titre exclusif le service public de transports en commun à une entreprise de diligences nous devrions encore nous contenter de ce mode de locomotion, bien que depuis longtemps la traction à vapeur sur rails soit connue et pratiquement réalisée.

Une situation identique se rencontre dans la concession par une ville de l'Eclairage au gaz. La Compagnie concessionnaire peut-elle se prévaloir des termes de la concession pour empêcher l'établissement de l'Eclairage électrique. Si on admet que l'acte de

concession est intangible dans son ensemble, la Compagnie triomphera dans ses prétentions : une telle solution cependant est contraire aux intérêts de la collectivité que l'Etat doit faire respecter. Il est vrai que la solution inverse qui permettrait à l'Etat de modifier à son gré les conditions de la concession serait également inadmissible en tant que trop absolue. La vérité doit être cherchée dans un terme moyen. L'Etat, d'une part, peut imposer certaines modifications de la concession, et ce sans devoir aucune indemnité au concessionnaire. L'Etat, d'autre part est lié par l'acte de concession et ne peut modifier certaines dispositions ou, d'après la jurisprudence récente, ne le peut qu'avec indemnité pour le concessionnaire correspondant à l'accroissement des charges.

La situation du concessionnaire en effet, est complexe et demande une étude assez étendue que nous allons entreprendre en recherchant qu'elle est la nature juridique de l'acte de concession et quelles conséquences en résultent au profit de l'administration ou du concessionnaire.

PREMIÈRE PARTIE

Nature juridique de cette opération juridique qu'est la concession de service public

De nombreuses opinions ont été émises en ce qui concerne la nature juridique de la concession de service public : on peut néanmoins les classer sous trois chefs : Pour les uns la concession de service public est un *contrat*, pour d'autres c'est un *acte unilatéral ;* enfin, pour d'autres c'est un *acte d'une nature complexe*, contractuelle par certains côtés, législative ou réglementaire par d'autres. Nous examinerons successivement ces trois opinions.

CHAPITRE I

CONCESSION ACTE CONTRACTUEL

La conception de la *concession contrat* est la plus ancienne et c'est elle qui a longtemps dominé en France dans la doctrine et la jurisprudence.

Il y a, en effet, disent ses partisans, un lien de droit entre l'administration et le concessionnaire et la définition du contrat que nous trouvons au Code Civil (Civ. art. 1.101) correspond bien à la situation présente.

C'est un contrat et c'est un *contrat synallagmatique*, les contractants s'engageant réciproquement les uns envers les autres (Civ. art. 1.102), d'une part le concessionnaire qui contracte l'obligation d'exécuter les travaux, et d'exploiter le service, d'autre part l'Administration qui s'oblige soit au paiement d'une subvention, soit à laisser percevoir les taxes de péage ou de transport, soit enfin à l'achat de terrains ou à l'exécution de certains travaux.

Ici s'arrête l'entente des partisans de la concession — acte contractuel. Le dissentiment éclate sur la *nature de ce contrat.*

Certains d'abord y voient un *contrat aléatoire* (1) : Cette opinion a pris naissance dans le mode de rémunération différent de l'entrepreneur et du concessionnaire. Sans doute, il y a certains risques à courir, un certain inconnu dans la valeur des avantages offerts par le concédant : tel bénéfice escompté ne se produira pas, tel évènement peut accroître les frais d'établissement ou d'exploitation, mais à ce compte alors presque tous les contrats seraient des contrats aléatoires, car ils présentent tous quelques chances de gain ou de perte. Tel n'est pas le caractère distinctif des contrats aléatoires : « non seulement ils présentent des chances aux contractants (ce qu'ils ont de commun avec tous les autres contrats), mais de plus ces chances sont la *seule* rémunération des obligations prises, ces chances étant subordonnées à un évènement incertain.

Le contractant n'a à compter que sur le résultat incertain de l'opération : ce résultat éventuel fait uniquement la contre-partie de son engagement. C'est en ce sens que l'article 1.104 du Code civil dit : « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties d'après un évènement incertain, le contrat est aléatoire. »

Or, dans le contrat de concession, le concessionnaire, ordinairement, obtient le concours de l'Etat

---

(1) C'est notamment l'opinion de DELALLEAU : *Rev. de Législation et de Jurisprudence*, 1845, t. I, p. 183. — DALL. : *Rep. v° Concession adm.* n° 99.

aux travaux et le droit actuellement certain de percevoir les redevances, péage et prix de transport, c'est-à-dire le droit d'exploiter. Sans doute ce produit sera plus ou moins élevé suivant les circonstances ; mais quant à l'obligation prise par l'Etat de laisser percevoir ces produits, elle n'est pas aléatoire, elle n'est pas subordonnée à un évènement incertain ; elle est actuelle (1) ».

Cette opinion de la concession, contrat aléatoire n'est plus guère défendue à l'heure actuelle, et l'on s'accorde en général pour y voir un *contrat commutatif* (Civ. 1.104) (2).

Mais les contrats synallagmatiques, à titre onéreux et non aléatoires sont nombreux, et il convient de rechercher auquel d'entre eux se rattache la concession.

Ce n'est pas une vente, puisque le concessionnaire ne devient pas propriétaire des ouvrages, en effet l'un des caractères de ces concessions actuelles de service public c'est d'être temporaires : par là elles diffèrent des concessions de canaux faites sous l'ancien régime qui étaient perpétuelles.

Ce n'est pas non plus un louage d'ouvrage, ou mieux un marché de Travaux publics. En effet, nous avons vu plus haut (p. 12), ce qui distingue l'entrepreneur du concessionnaire, celui-ci restant tenu en-

---

(1) Christophle : n° 1461, t. II.

(2) Aucoc : *Conf.* II, n° 707. — Dufour, t. VIII, n° 250. — Berthelemy : *Dr. adm.*, 4e éd., p. 602. — Perriquet : *Tr. des T. Publics*, II, n° 613.

vers le concédant même après l'installation du service.

Alors reste une seule hypothèse possible. Ce serait un contrat d'une nature particulière, un *contrat sui generis*, entraînant des droits et des obligations réciproques pour le concédant et le concessionnaire, soumis, à défaut de clauses spéciales le réglementant dans l'acte de concession, au droit commun des contrats, en l'espèce surtout aux règles du contrat d'entreprise (1).

En face de cette difficulté de classer le contrat de concession parmi les contrats de droit civil est née en Allemagne la théorie de la concession *contrat de droit public*. (Staatsrechtliche Vertraege). En effet nous ne sommes pas en face d'intérêts purement privés, l'intérêt public est ici directement intéressé, nous sommes donc en matière de droit public puisque comme le dit Seydel « La distinction entre le droit public et le droit privé est celle entre l'intérêt de tous et l'intérêt des particuliers (2) ».

Par ailleurs, si on laisse de côté l'opinion de Laband (3) pour lequel la simple existence de deux consentements suffit pour qu'il y ait contrat, l'existence des conditions exigées en droit privé pour qu'il y ait contrat est également requise ici (Civ. 1.108) : liberté

---

(1) En ce sens, Cf. Aucoc, Mantellini : *Lo Stato et il codice civile.* Fizence, Barbera, 1882. — Batbie : *Tr. de dr. publ. et adm.*, vol. I.

(2) Seydel : *Baierisches Staatsrecht,* p. 184. — Cf. *Die rechtliche Natur des staatsdieustes*, p. 150.

(3) Laband : *Staatsrecht des deutschen Reiches,* t. I, p. 401, n° 1.

des consentements, capacité des parties, existence d'obligation résultant du contrat se rencontrent dans ces contrats passés par l'Etat pour la gestion des services publics dans l'intérêt de la collectivité. Cette théorie adoptée en France notamment par M. Laferrière (1) sous le nom de « *contrat administratif* » y a été maintenue dans les limites raisonnables ; tandis qu'en Allemagne on faisait rentrer dans la notion de contrat de droit public les conventions passées entre particuliers auxquelles l'ordre public était intéressé, telle que l'adoption et le mariage, en France on a restreint l'idée de contrat de droit public aux conventions où l'Etat ou une autre personne administrative est en jeu (2).

Mais cette opinion de la concession exclusivement contrat de droit public est encore inadmissible. Sans doute il y a un grand nombre de dispositions de l'acte de concession qui sont contractuelles, mais de là à considérer toutes ces dispositions comme contractuelles il y a loin.

Nous écarterons donc cette opinion comme trop excessive et conduisant d'ailleurs à un résultat inadmissible : le caractère intangible de ces dispositions.

Pour le même motif nous repoussons également la théorie soutenue par M. Hauriou dans un article

---

(1) *Jurid.*, 2e éd., 1896, I, p. 588.

(2) Cf. Conclusions du Commissaire du Gouvernement Cazalens devant le Tribunal des Conflits dans l'affaire Guidet, 27 décembre 1872 (S. 81-3-36).

de la Revue de droit public de 1904 (1), où il voyait dans l'acte de concession non seulement un contrat, mais encore un acte formé de deux contrats juxtaposés et combinés. D'abord le contrat de concession proprement dit qui crée la situation de service concédé, entraînant par elle-même la délégation au profit du concessionnaire de certains droits qui permettent d'organiser et d'exécuter le service, droit d'expropriation et de travaux publics, droit de lever des péages sur le public. Puis un second contrat réglant les conditions financières de cette concession, les rapports financiers du Concédant et du Concessionnaire.

Nous arrivons maintenant à envisager l'acte de concession comme un acte unilatéral.

---

(1) *R. D. P.*, 1904, p. 564.

CHAPITRE II

CONCESSION ACTE UNILATÉRAL

C'est en Allemagne qu'est née et s'est surtout propagée la théorie de la *concession acte unilatéral.* (Verfuegungen). Néanmoins elle n'est pas poussée aussi loin chez tous les auteurs, et certains mêmes ne voient dans cette nature d'acte unilatéral, qu'une nature éphémère que possède la concession, mais qu'elle ne tarde pas à perdre pour revêtir une nature contractuelle.

D'autre part tandis que les uns voient dans la concession un acte d'une nature juridique unique, les autres font un départ entre l'acte de concession proprement dit, *stricto sensu*, et les clauses qui viennent s'y rattacher pour former ce que l'on appelle d'un terme générique, *lato sensu* « l'acte de concession », et reconnaissent une nature juridique différente à ces différents éléments, nature qu'ils conservent, si étroit soit le lien qui les unit.

Aussi il nous semble logique de classer ces diverses opinions, et, faisant abstraction des points de dé-

tail qui les séparent, nous pouvons les grouper dans trois paragraphes.

Paragraphe I. — *Théorie absolue d'Otto Mayer.*

Paragraphe II. — *Théorie de la concession licence et de la concession contrat.*

Paragraphe III. — *Théorie de la concession acte unilatéral complexe.*

Paragraphe I. — *Théorie absolue d'Otto Mayer*

C'est la théorie de l'*acte unilatéral*, en ce qu'elle a de plus absolu et de plus exclusif : elle est l'œuvre surtout du savant jurisconsulte allemand Otto Mayer (1), et jouit d'une faveur incontestée en Allemagne. Nous allons en dégager les grandes lignes en nous efforçant de la réduire à quelques idées précises.

« La Concession, dit Otto Mayer, est un *acte administratif*, spécialement une disposition déterminant discrétionnairement ce qui doit être de droit dans le cas individuel. C'est un acte juridique de droit public : et la possibilité pour cet acte de créer des droits et des devoirs va de soi — du moins dans le système de l'Etat régi par le droit. »

Comme nous sommes en face d'un acte de droit administratif il faudra lui faire application des principes généraux qui régissent l'acte administratif.

---

(1) Cf. également Loening : *Lehrbuch des deutchen verwaltungsrechts*. Leipsig, Breitkop und Hardel, 1884.

Il faut que celui de qui émane la concession soit compétent pour faire cet acte : en l'espèce ce doit être une autorité pouvant disposer du service à concéder. En général, et c'est la règle applicable à défaut de prescriptions spéciales, le pouvoir de disposer appartient à celui qui représente la personne morale publique dont l'entreprise dépend par sa nature, et qui aurait pu l'exploiter en régie : c'est ainsi que les routes nationales, si elles étaient concédées, devraient l'être par l'Etat, comme le sont à l'heure actuelle les chemins de fer d'intérêt général, tandis qu'une concession du gaz émane de la commune qui aurait pu l'exploiter directement par ses agents (1).

Toutefois, ajoute Otto Mayer, s'il convient de joindre à la concession l'exercice de certains pouvoirs, tels que la perception de taxes, l'ordre de police ou la contrainte de police — d'une manière générale l'exercice d'une atteinte à la liberté ou la propriété, laquelle a besoin d'un fondement légal — cette délégation sera soumise de plus à une autorisation législative, ou encore la concession émanera directement de la loi, ou mieux d'un acte législatif en la forme, mais administratif au fond.

---

(1) En règle générale, en France, pour les travaux de l'État, c'est une loi ou un décret (cf. L. 27 juillet 1870 et L. 11 juin 1880, art. 10 et 27), suivant la nature des travaux, qui ratifiera la concession. Pour les travaux départementaux, la concession est faite par un arrêté du préfet en exécution d'une délibération du Conseil Général. Enfin, pour les travaux municipaux, elle est faite par le Maire en exécution d'une délibération du Conseil Municipal, mais elle doit être approuvée tantôt par un arrêté préfectoral, tantôt par un décret.

Voilà pour la façon dont peuvent naître les droits du concessionnaire : mais comment naîtront ses obligations ? Faut-il recourir encore ici à la nécessité d'une autorisation législative ou encore à la forme d'un acte législatif ? Cette solution en tout cas présenterait l'inconvénient d'être contrariée par les faits. En réalité ici cette obligation est évitée par la soumission volontaire de l'intéressé, résultant de sa demande ou de l'acceptation de la concession.

Et Otto Mayer rend très bien sa pensée en voyant dans la concession, comme d'ailleurs pour lui dans la nomination de fonctionnaire, un « *acte administratif sur soumission.* » Pour lui, les pourparlers qui précèdent la concession fixent les conditions et la mesure de cette soumission : ils déterminent le contenu exact de l'acte administratif qui est rendu possible par cette soumission. Mais ce qu'il importe de retenir c'est que l'effet est produit *exclusivement* par l'acte administratif. Nous sommes en face d'une manifestation unilatérale de volonté produisant par elle-même un effet de droit, une situation juridique, celle de service concédé. Seul le concédant a établi cette situation, seul il pourra la modifier, et cela même au cours de la concession sans que pour cela le concessionnaire puisse se plaindre.

Paragraphe II. — *Théorie de la concession licence et de la concession contrat*

A côté de cette théorie excessive d'Otto Mayer, qui considère l'acte de concession dans son intégralité

comme un acte unilatéral, nous trouvons en Italie (1) une théorie d'après laquelle l'acte de concession voit sa *nature juridique* varier suivant les circonstances, d'*unilatérale devenir contractuelle*, et alors, à côté des concessions unilatérales que l'on nomme encore concessions-licence, on a les concessions bilatérales ou concessions-contrats.

Cette théorie, que nous trouvons pour la première fois énoncée dans un avis de la section de l'Intérieur du Conseil d'Etat italien du 10 mars 1879, recueille les suffrages de la majorité des auteurs italiens.

Pour *Mantellini* (2), il convient, afin de connaître la nature juridique de la concession, de rechercher s'il y a ou non dans cet acte des obligations pour l'autorité concédante Si oui, il y a concession-contrat. Mais sa théorie est restrictive en ce sens qu'il limite ces concessions à nature contractuelle à celles relatives à un travail public, quelque soit d'ailleurs la nature de ce travail (voie ferrée, route ordinaire) ; ceci étant dit, la concession n'est qu'une concession-licence si le concessionnaire n'est investi que des pouvoirs nécessaires pour les expropriations et occupations qu'il y a lieu d'opérer, du droit de lever un péage et de percevoir le prix du transport sur les usagers comme rémunération des frais qu'il a exposés, du privilège d'exemption de certaines taxes.

---

(1) Guillouard : Thèse, Caen, 1903.

(2) V. en ce sens Mantellini : *Lo stato el il codice civile*, Florence, Barbera, vol. II, p. 505-508-521-524 et s.

Elle perd au contraire cette nature pour devenir une concession contrat, « *incidit in contractum* » lorsque l'Etat ou tout autre personne publique s'oblige à contribuer pécuniairement à la construction des travaux ou au fonctionnement des établissements qui sont l'œuvre du concessionnaire, quelque soit d'ailleurs le mode de contribution pécuniaire, subvention à fonds perdu ou garantie d'intérêts qui n'est qu'un prêt. Ce contrat il est vrai est un contrat d'une nature particulière, contrat sui generis.

Giorgi (1) a repris cette théorie en l'élargissant. Pour lui, comme pour Mantellini, la règle est que la concession est un acte unilatéral, mais, comme toute règle qui se respecte, elle comporte de nombreuses exceptions, et on peut même dire que l'exception emporte ici la règle : en effet du moment que l'acte de concession est accompagné d'un acte adjoint ou d'un contrat, imposant des obligations et des droits réciproques, la physionomie de cet acte de concession change et l'acte unilatéral devient un acte bilatéral.

Par là, la théorie de Giorgi, tout en restant au fond celle de Mantellini, élargit considérablement le champ d'application de la concession-contrat. Les apparences au contraire sembleraient en faveur d'un champ d'application plus vaste pour la première théorie ; en effet, tandis que Mantellini ne réclame, pour qu'il y ait concession-contrat, que l'existence d'obligations

---

(1) *La Dottrina delle persone giuridiche,* Florence, Cammelli, vol. II, 1891, p. 461 et s., vol. III, 1892, n° 134, p, 273 et note.

chez le concédant, Giorgi exige que ces obligations soient renfermées dans un pacte adjoint à la concession, mais la réalité est autre : alors que Mantellini restreint la concession-contrat aux concessions de Travaux publics Giorgi l'étend également aux concessions de biens domaniaux et patrimoniaux. Ce qui sépare en somme ces deux théories ce n'est qu'une question de mesure.

On conçoit difficilement que de la réunion de deux actes juridiques de nature différente sorte un acte qui emprunte exclusivement sa nature juridique à l'un d'eux. Par là cette théorie présente le même défaut que celle d'Otto Mayer.

Cette conception sans doute vaut mieux que la précédente, car une part y est faite à la volonté du concessionnaire, mais si l'élément contractuel a une part dans l'acte de concession il n'est pas tout l'acte de concession et ne vient pas annihiler l'élément acte unilatéral, que renferme également l'acte réglant la situation d'un service public.

Paragraphe III. — *Concession acte unilatéral complexe.*

C'est à cette confusion de la nature juridique de l'acte de concession stricto sensu et celle des clauses qui l'accompagnent que tend à remédier en partie la théorie de l'auteur italien *Ranelletti* (1), en démontrant

(1) Théorie générale, n° 23 et s., p. 80 et s.

que la concession, bien que unie, mêlée à un autre acte, conserve sa nature d'acte unilatéral.

Il pose d'abord, avec la doctrine allemande et anglaise, que la concession est un acte administratif unilatéral. En effet, dit-il, « la concession est tout entière dans l'acte qui la contient, elle existe quand cet acte est parfait et à ce moment seul ». Au contraire, le contrat s'accomplit par une série d'actes, dont le dernier est l'approbation par l'autorité compétente. C'est seulement à partir de ce moment où le contrat est parfait et oblige l'administration.

Sans doute, la concession a été précédée d'actes par lesquels la personne privée qui la sollicite s'engage à certaines obligations ; mais ces actes lient le particulier avant la concession et indépendamment d'elle.

Certes, il y a une certaine connexité entre ces actes du particulier et la concession, puisque sa réalisation est subordonnée à certaines obligations de la part du concessionnaire, mais il ne s'en suit pas que nous soyons en face d'un acte unique né de l'accord de volonté de l'administration et du particulier. Si en effet la concession est la causa obligationis du concessionnaire, les obligations du concessionnaire ne sont pas la cause de la concession. Celle-ci a sa cause dans la poursuite d'un but d'utilité publique et l'obligation du particulier est seulement le moyen d'atteindre ce but.

La concession ayant pour fin directe l'intérêt public est donc un acte de puissance publique, c'est-à-dire un acte unilatéral émanant de l'administration qui déclare sa propre volonté. Car dire que c'est un acte

bilatéral, c'est admettre qu'un particulier peut contribuer à la constitution d'un acte de puissance publique, ce qui est inadmissible ».

Continuant cet exposé de la concession acte unilatéral, cet auteur recherche quelle est la nature juridique des actes qui obligent les particuliers, à savoir la déclaration de volonté contenue dans la demande, l'acceptation postérieure à la concession et les obligations contenues dans le cahier des charges ? Ce serait également des actes unilatéraux, mais de droit privé. En effet, la concession peut bien créer des droits au profit du concessionnaire, mais ne peut lui imposer d'obligations : celles-ci existent par la seule volonté de ce dernier. Ou encore ces obligations peuvent être envisagées comme la condition résolutoire expresse ou tacite de l'acte de nomination du fonctionnaire.

En résumé, la théorie de Ranelletti peut s'énoncer dans les trois propositions suivantes :

1° La concession et l'acte qui y est adjoint sont deux actes d'une nature juridique différente, quoique tous deux unilatéraux.

2° L'un, la concession, est un acte unilatéral de droit public.

3° L'autre est un acte unilatéral de droit privé (1).

Nous acceptons les deux premières propositions, quant à la troisième, qui voit dans l'acte adjoint à la concession un acte unilatéral de droit privé, nous ne croyons pas qu'elle correspond à la réalité, — surtout

---

(1) Cf. sur toute cette théorie, la thèse de M. Pilon.

dans la conception française, dominée par l'idée de contrat, — car le concessionnaire est obligé envers le concédant à faire certaines choses, et cette obligation a une sanction, la déchéance, dans le cas où elle n'est pas exécutée.

Quel est donc cet acte ? C'est ce que nous allons maintenant rechercher, en partant d'une nouvelle conception de l'acte de concession.

CHAPITRE III

CONCESSION ACTE COMPLEXE

De nos jours, et particulièrement en France, une nouvelle conception de la nature juridique de la concession est née et tend à devenir dominante. Au lieu d'y voir un acte d'une nature juridique unique, soit un acte unilatéral, soit un contrat, on envisage la concession non comme un acte juridique, mais comme une opération juridique formée d'un ensemble d'actes juridiques étroitement unis. Dès lors, si l'on veut connaître la nature juridique de cette opération il est nécessaire de la décomposer en ses éléments composants, déduisant ensuite les conséquences logiques propres à chacun de ces actes.

Envisageant à ce point de vue la concession, se présentant sous la fausse apparence d'un acte juridique unique, nous découvrons en réalité trois actes distincts.

1° Un acte organisant le service public concédé et en fixant le fonctionnement, *acte purement législatif ou réglementaire*, semblable à l'acte qui organise un service en régie.

2° Un acte, dit *acte condition*, dont l'effet est d'investir le concessionnaire de la situation légale ou réglementaire créée par l'acte précédent, analogue à l'acte de nomination du fonctionnaire.

3° Enfin un *acte contractuel* créant au profit du concessionnaire une situation juridique individuelle.

Cette théorie est l'œuvre en France surtout de deux professeurs de droit, M. Duguit qui le premier l'a imaginée, et M. Jèze, qui l'a adoptée et précisée.

Et à l'heure actuelle M. le doyen Hauriou, autrefois l'un des défenseurs les plus ardents de l'idée de la concession-contrat de droit public, s'y rallie, lorsqu'il écrit (1) : « La définition généralement admise n'accorde pas assez d'importance à l'élément de service public, qu'il y a dans l'opération ; de plus elle a l'inconvénient de présenter comme entièrement contractuelle une situation qui est certainement en partie institutionnelle. Il y a, dans la concession de travaux publics, création par un acte d'autorité d'un état de choses particulier qui est l'état de service concédé, et qu'il faut rapprocher de la création ou de l'organisation du service en régie. Et ce n'est qu'une fois cette situation d'état établie qu'une convention intervient entre l'administration et le concessionnaire pour régler les droits et obligations qui en découlent pour chacun ».

Nous attachant dès lors à cette conception nouvelle, nous allons nous efforcer de la justifier et voir quelles conséquences en découlent.

---

(1) *Précis de Dr. adm.*, 6e éd., 1907, p. 694.

§ I. — *Nature juridique des dispositions relatives à l'organisation du service concédé et conséquences en découlant.*

Nous avons dit que ces dispositions qui visent l'organisation du service ou son fonctionnement sont des dispositions législatives ou réglementaires, elles en ont en effet tous les caractères. Quels sont donc ces caractères ?

1° La loi est *générale et impersonnelle.*

Et par là on entend qu'elle atteint une catégorie abstraite et ouverte d'individus ; elle ne vise pas telle ou telle personne nommément désignée, mais toutes celles se trouvant dans une certaine situation de fait.

En ce sens, l'organisation du service concédé est un acte général et impersonnel, car les dispositions organisant le service s'imposent à tous ceux qui remplissent les conditions pour devenir concessionnaire, comme également à tous ceux qui usent du service. Elles ne sont pas édictées spécialement en vue de telle personne, mais bien pour satisfaire un besoin donné et en ne tenant compte que de l'intérêt général.

2° La loi est *permanente.*

En langage juridique, dire qu'une loi est « permanente », c'est dire qu'elle subsiste tant qu'elle n'a pas été abrogée ou modifiée. Il en est ainsi de l'acte organisant le service concédé, qui, de même que l'acte organisant un service exploité en régie, pose les règles

de son organisation non pas pour une période déterminée, mais pour une durée indéterminée, infinie : ces dispositions subsistant tant que l'autorité compétente ne les ait abrogées.

3° Enfin la loi *peut être modifiée à tout moment.*

Et cela en vertu de la règle de l'indépendance du pouvoir législatif, la loi n'étant bonne qu'autant qu'elle répond à l'intérêt général : et si une clause formelle venait porter atteinte à cette règle, elle serait nulle au point de vue de la technique juridique. De même le service public concédé n'est organisé que dans l'intérêt de la collectivité et pour répondre aux besoins de celle-ci, par suite le concédant, responsable du bon fonctionnement de ce service, aura tout pouvoir de modifier les règles d'organisation, pour les rendre adéquates aux besoins du public.

De cet acte général impersonnel, permanent, modifiable à tout moment, naît au profit du concessionnaire une certaine situation juridique, c'est-à-dire un ensemble de pouvoirs et de devoirs d'ordre juridique (1)

---

(1) Il est préférable d'employer l'expression « situation juridique » plutôt que l'expression « droits ». D'abord parce que cette dernière n'est pas assez large, en effet très souvent ou même le plus souvent une situation juridique comporte, outre des droits, des devoirs : par suite ces deux expressions ne se confondent pas.

Puis ce terme « droits » est vague, imprécis et employé dans les sens les plus divers, on parle notamment des droits de l'homme et du citoyen, du droit de propriété, et aussi du droit civil et du droit commercial.

Et pourtant le plus souvent c'est cette terminologie défectueuse qui est usitée.

dont la nature est en liens étroits avec celle de l'acte qui l'a fait naître.

Cette situation juridique a les mêmes caractères essentiels que la loi ou le règlement, d'où sa dénomination de situation légale ou réglementaire.

1° Ainsi de même que la loi est générale et impersonnelle, de même *la situation légale ou réglementaire est générale et impersonnelle*. On entend par là que cette situation n'est pas propre, particulière à telle personne nommément désignée, mais s'applique à toute personne, individu ou société se trouvant dans une même situation de fait ou de droit.

2° La loi, avons-nous dit, est *permanente*, la situation juridique qui en découle l'est également, les pouvoirs et les devoirs qu'elle confère ne s'épuisent pas par l'exercice, mais subsistent tant que la concession n'a pas été supprimée ou que le texte l'organisant n'ait été abrogé.

3° Puisque cette situation résulte d'un acte législatif ou réglementaire, et que la règle de l'indépendance du pouvoir législatif permet d'en modifier à chaque instant les clauses, il s'en suit nécessairement que la situation légale ou réglementaire est *essentiellement modifiable*. La loi en effet n'est bonne qu'autant qu'elle répond à l'intérêt général, qu'elle tend à la satisfaction des besoins sociaux, par suite, elle doit s'adapter à ces besoins variables et rien ne doit entraver sa modification.

Tout au plus un recours pour excès de pouvoir pourra-t-il être exercé si la modification dans l'orga-

nisation du service était apportée par un acte réglementaire en violation d'un acte législatif.

§ II. — *De l'acte-condition dans la concession.*

Une fois cette situation légale ou réglementaire créée, organisée par des actes législatifs ou réglementaires, il faut encore qu'elle se fixe sur la tête de quelqu'un, c'est alors qu'intervient l'acte de concession qui attribue cette situation légale ou réglementaire à un individu ou à une société déterminée ; c'est là un acte-condition, et par là on entend un « acte juridique dont l'effet est d'investir les individus d'une situation juridique légale et réglementaire ».

Ainsi, à côté d'actes créateurs de situations juridiques légales ou réglementaires, il est nécessaire d'avoir des *actes-conditions d'application à un individu de situations juridiques légales ou réglementaires.*

Il en est de même lorsqu'il s'agit non plus d'un service concédé, mais d'un service directement exploité par la personne publique, la loi ou règlement organise et réglemente le service et détermine les agents qui devront le faire fonctionner, puis l'acte de nomination intervient pour désigner ces agents, le Décret du Président de la République est la condition d'application de la situation légale créée, du statut du fonctionnaire.

De cette idée que l'acte de concession est la condition d'application d'un statut légal découlent certaines conséquences :

1° Il n'empêche pas que le statut légal puisse être modifié à tout instant par la loi et le règlement.

2° Les voies de droit par lesquelles tout intéressé pourra critiquer cet acte-condition seront celles du recours à fin d'annulation, celles du recours pour excès de pouvoir, et non les voies de droit par lesquelles on demande au juge de réaliser une situation juridique individuelle.

Par ailleurs la forme de cet acte-condition importe peu, ce peut être un acte unilatéral, par exemple dans le cas de révocation de fonctionnaire, ou un accord de volonté, comme c'est ici le cas.

§ III. — *Nature juridique des clauses déterminant la situation particulière du concessionnaire.*

Une fois le service organisé d'une façon générale et impersonnelle, il reste encore à déterminer dans quelles conditions financières il fonctionnera, quels seront les droits du concessionnaire et quelles conséquences en résultent pour lui.

Ces dispositions ont une nature juridique totalement différente des précédentes, par suite de leurs caractères diamétralement opposés.

1° Elles ne sont *ni générales, ni impersonnelles.*

En effet, elles déterminent les droits et les obligations réciproques des parties en cause, c'est-à-dire l'Etat ou toute autre personne publique d'une part et d'autre part tel individu ou telle Société commerciale.

Elles n'ont pas pour but d'organiser un service, mais, ce service étant créé et organisé théoriquement, de déterminer les droits et obligations du titulaire, à la suite d'une entente entre les parties, comme du reste de fixer ceux de l'administration : celle-ci pouvant, dans une certaine mesure qu'il convient de déterminer, limiter sa liberté d'agir.

Ces clauses sont rédigées non en vue d'une catégorie abstraite et ouverte d'individus, mais de tel individu déterminé. Elles ne visent pas toute personne se trouvant dans une même condition juridique, mais seulement le concessionnaire actuel. C'est ainsi que la concession suppose *l'intuitus personæ*, c'est-à-dire qu'elle est faite en considération de la personne et qu'elle ne peut être cédée sans l'autorisation du concédant.

2° Ces clauses *ne sont pas permanentes, mais simplement temporaires, transitoires.*

C'est en effet l'un des caractères de la concession de service public d'être temporaire, car elle porte sur une portion du domaine public, qui est inaliénable par nature ; mais elle peut être faite pour une certaine durée ; on peut poser à ce propos comme principe qu'elle doit être suffisamment longue pour permettre au concessionnaire d'amortir son capital et de retirer une certaine rémunération de l'exploitation, mais aussi qu'elle ne doit pas être trop longue, pour faciliter la reprise du service par le concédant qui voudrait recourir à l'exploitation en régie.

3° Enfin ces dispositions ont un *caractère intangible*

qui les distingue des clauses législatives ou réglementaires qui peuvent être modifiées d'une façon unilatérale sans qu'il y ait besoin du concours de volonté du concessionnaire. Elles émanent de la volonté concordante des deux parties, seule la volonté de tous ceux qui y ont concouru peut les modifier.

Nous voyons ainsi que si les clauses de l'acte de concession relatives à l'organisation des services ont tous les caractères de l'acte législatif ou réglementaire, celles relatives à la situation personnelle du concessionnaire ont un caractère opposé qui est celui de l'acte contractuel.

Il en résulte nécessairement une situation juridique opposée pour le concessionnaire à celle qui découlait pour lui de l'acte législatif ou réglementaire organisant le service, ou mieux de l'acte-condition lui attribuant cette situation légale ou réglementaire. Il sera ici dans une situation spéciale, particulière, transitoire et intangible.

1° Je dis d'abord que la *situation juridique* individuelle, que l'on envisage d'ailleurs soit les pouvoirs, soit les devoirs qu'elle comporte, n'est *ni générale, ni impersonnelle, mais spéciale à un individu.* Tout ici en effet est déterminé, le titulaire de la situation, les droits et les pouvoirs qui lui appartiennent. Les droits lui sont reconnus en considération de son honorabilité et de sa capacité, ils lui sont propres, et il ne peut les céder. Tel concessionnaire offrant des garanties plus grandes de sécurité jouira d'une situation plus avantageuse, et souvent moins contrôlée.

2° En second lieu *cette situation n'est pas permanente, mais temporaire, transitoire.* Le concessionnaire ne sera investi de droits et grevé d'obligations que pour une durée déterminée à l'avance (ordinairement 99 ans). C'est un pouvoir et un devoir essentiellement temporaire : il disparaît dès que le pouvoir a été exercé, dès que l'obligation a été accomplie. Au bout de cette période de 99 ans, le système de la concession fera, peut faire place à celui de la Régie ou encore la concession changera de main.

Il est vrai cependant que quelquefois la concession prend fin avant l'expiration du délai pour lequel elle a été faite, mais ce ne sera pas sans dédommagement pour le concessionnaire, car celui-ci, en effet, est dans une situation intangible.

3° En échange des charges, que *le Concessionnaire* assume, certains avantages lui ont été reconnus, dès lors il a *un droit acquis à leur maintien*, et s'il y est porté atteinte, il possèdera une action pour faire respecter sa situation, ou tout au moins pour obtenir réparation.

Cette atteinte peut être ou directe ou indirecte.

Elle est indirecte notamment quand une modification des besoins sociaux nécessite une modification dans l'organisation du service, quelquefois cette réforme peut se faire sans entraîner de nouvelles charges pour le concessionnaire, mais aussi, et c'est le cas le plus fréquent, il en résulte une aggravation des charges pécuniaires que le concessionnaire avait à assumer jusque là, il faudra rechercher dès lors si cette charge nouvelle avait été prévue lors de la passation

de la concession, auquel cas aucune indemnité n'est due, ou si au contraire les parties n'avaient traité que *rebus sic stantibus* et par suite une indemnité sera due ou même, s'il y a atteinte trop profonde apportée dans l'économie du contrat, la résiliation pourra être prononcée.

En général, dans ce premier cas, le concédant exercera d'abord un recours pour excès de pouvoir à fin d'annulation contre l'acte et ce n'est qu'une fois la légalité de cet acte proclamée qu'il agira en indemnité devant le juge du contrat, en l'espèce le Conseil de Préfecture. Ce double recours n'étant d'ailleurs possible qu'au cas où il s'agit d'un acte administratif, et non d'un acte législatif, contre lequel en France un tel recours n'est pas admis.

Souvent aussi l'aggravation de la situation individuelle résulte non plus de modification dans l'organisation du service, mais d'un acte portant directement atteinte à la situation financière ou encore à « l'organisation des moyens internes employés par le concessionnaire pour atteindre ce but : servir le public (1) », par exemple modifiant les conditions du travail des agents du concessionnaire, telles qu'elles avaient été réglées entre le concessionnaire et ses agents (2).

Dans ce cas le concessionnaire pourra agir, non par

---

(1) Barthelemy : *R. D. P.*, 1911, p. 129 et 379.

(2) Cependant quelquefois cette intervention se justifie par la sécurité du service, notamment lorsque le concédant impose une limitation dans la durée des heures de travail, le surmenage étant en effet une cause de danger pour le fonctionnement du service.

le recours par excès de pouvoir, car celui-ci ne peut s'appuyer sur la violation d'un acte contractuel, mais par le recours de pleine juridiction devant le juge du contrat, c'est-à-dire le Conseil de Préfecture ; peu importe d'ailleurs que la violation résulte d'un acte législatif ou autre, car ici ce qu'on attaque ce n'est pas l'acte lui-même portant atteinte à la situation individuelle, c'est la violation de cette situation, seule la violation de l'acte contractuel fonde le recours en indemnité ou en résiliation.

En d'autres termes, tandis que l'organisation du service concédé relève seulement du concédant, son exploitation commerciale est du domaine exclusif du concessionnaire.

Ainsi, par l'étude juridique que nous venons de faire de la situation légale ou réglementaire et de la situation individuelle, nous constatons que le concessionnaire se trouve dans une *situation juridique complexe, à la fois,* dans une situation *légale ou réglementaire* et dans une situation *individuelle.* Et cela quelque soit la forme de l'acte de concession, que l'on soit en face d'un acte unique émanant, mais en apparence seulement, de la seule volonté du concédant ou qu'il y ait à côté de l'acte de concession *stricto sensu,* un cahier des charges réglant surtout, mais non pas exclusivement, la situation personnelle du concessionnaire. D'ailleurs, c'est là une conséquence logique de la nature juridique complexe de l'acte de concession.

A l'heure actuelle, cette double situation juridique

reposant sur la tête du concessionnaire, situation légale, situation individuelle, triomphe en jurisprudence, et c'est à l'examen de cette jurisprudence que nous sommes maintenant conduits.

DEUXIÈME PARTIE

Étude de la Jurisprudence

Cette nature juridique complexe de l'acte de concession, et la situation complexe dans laquelle se trouve placé le concessionnaire, se manifeste à la fois dans la diversité des recours possibles en cette matière et dans les solutions données par la jurisprudence aux recours formés.

Aussi nous étudierons successivement ces deux questions en envisageant :

SECTION I. — *Des recours possibles.*

SECTION II. — *Des solutions données par la Jurisprudence.*

Chapitre I. — Au cas d'*atteinte à la situation légale ou réglementaire*, apportée par des modifications dans l'organisation du service concédé.

Chapitre II. — Au cas d'*atteinte à la situation*

individuelle du concessionnaire. Que cette atteinte soit :

§ I. — *Directe*, au cas de modifications dans l'organisation du service.

§ II. — Ou *indirecte* au cas :

1° D'octroi d'une concession concurrente ;

2° Ou encore de création ou augmentation d'impôts ou de taxes.

SECTION I

DE LA POSSIBILITÉ D'EXERCER UN DOUBLE RECOURS COMMENT L'EXPLIQUER

Ce qui frappe d'abord dans l'examen de cette jurisprudence, c'est le caractère différent des recours exercés, les uns étant des recours pour excès de pouvoir, les autres des recours de pleine juridiction, exercés devant le juge du contrat.

Voilà certes une distinction que ne peuvent expliquer les théories de l'acte de concession acte exclusivement contractuel, ou encore acte exclusivement législatif ou réglementaire, et qui au contraire cadre parfaitement avec la nature complexe de l'acte de concession que nous avons admise.

Et ainsi la Jurisprudence, dans ses solutions d'espèces, vient confirmer la théorie nouvelle, déclarant recevable le recours pour excès de pouvoir toutes les fois qu'il s'agit seulement d'apprécier la validité, la légalité d'un acte modifiant l'organisation du service, telle qu'elle résultait de dispositions législatives ou

réglementaires antérieures, applicables au concessionnaire, figurant ou non dans l'acte de concession. Tandis qu'au contraire elle n'admet qu'un recours de pleine juridiction soit recours en indemnité, soit même recours en résiliation, lorsque le requérant se plaint seulement d'une atteinte portée à l'intégrité de sa situation contractuelle, auquel cas au lieu de la compétence du Conseil d'Etat comme en matière de recours pour excès de pouvoir, nous avons celle du Conseil de Préfecture, compétent en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Cette distinction de ces deux espèces de recours possibles apparaît très nettement dans les arrêts suivants :

I. — *Arrêt du 4 août 1905. — Compagnie des chemins de fer de Bône-Guelma et prolongements* (1).

Il s'agit dans l'espèce d'un recours pour excès de pouvoir exercé contre une décision du Gouverneur général de l'Algérie, rendant applicable à l'Algérie deux arrêtés du Ministre des Travaux publics en date du 4 novembre et du 23 novembre 1899 réglant la durée du travail et du repos des mécaniciens et chauffeurs, des agents des trains et des agents des gares.

Le Conseil d'Etat déclara recevable ce recours, mais non fondé au fond, en affirmant que ces mesures

(1) Lebon, 1905, p. 770.

édictées « visent seulement les mécaniciens et les chauffeurs, et ceux des agents soit des trains, soit des gares, dont le service peut intéresser la sécurité des trains ou des manœuvres ; qu'ainsi la décision attaquée a été prise dans la limite des pouvoirs appartenant au gouverneur général ».

Mais, et c'est là le point caractéristique, le Conseil d'Etat prévoit que cette décision légale en soi peut porter atteinte à la situation contractuelle du concessionnaire, et en ce cas il se déclare incompétent pour statuer sur l'indemnité, renvoyant les parties à se pourvoir par la voie du recours de pleine juridiction devant le Conseil de Préfecture, sauf appel au Conseil d'Etat ; en effet, l'arrêt s'exprime ainsi :

« Si les Compagnies estiment que les mesures prescrites introduisent dans les charges de l'exploitation, un élément qui n'a pu entrer dans les prévisions des parties, et qu'il est ainsi porté atteinte aux conventions intervenues entre elles, leur prétention soulève un débat sur le sens et la portée du contrat et il appartient au Conseil de Préfecture d'en connaître, sauf appel au Conseil d'Etat ».

II. — *Arrêt du 6 décembre 1907. — Compagnie du Nord et autres* (1).

La question s'est posée à nouveau devant le Conseil d'Etat, lorsque les grandes Compagnies de che-

(1) Arrêt du 6 déc. 1907 2e espèce. Leb., p. 912.

mins de fer français ont exercé un recours pour excès de pouvoir contre le Décret du 1er mars 1901, qui venait apporter certaines modifications dans l'organisation du service concédé, notamment en ce qui concerne la durée de travail d'employés dont le surmenage pouvait être une cause de danger pour le bon fonctionnement du service, ou encore en ce qui concerne l'éclairage des tunnels, et le Tribunal administratif l'a résolue dans les mêmes termes.

« Considérant que l'Etat a sur les chemins de fer, d'une part des pouvoirs de réglementation qu'il tient de la loi, et d'autre part, des droits contractuels qu'il tire des stipulations du cahier des charges ; que, par la décision attaquée le Gouvernement a entendu user de ses pouvoirs de réglementation ; que dès lors cette décision est susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir. »

Mais ici encore, le Conseil d'Etat prévoit la possibilité d'un recours en indemnité devant le Conseil de Préfecture si cette modification porte atteinte à la situation contractuelle du concessionnaire.

« Considérant d'ailleurs que si les Compagnies requérantes se croient fondées à soutenir que les mesures prescrites par le Décret attaqué introduisent dans les charges de l'exploitation des éléments qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes, et qu'il est porté atteinte aux conventions intervenues entre les parties, il leur appartient de porter telles réclamations que de droit devant le Conseil de Préfecture ».

Peu importe d'ailleurs que le recours pour excès de pouvoir soit exercé contre un Décret ou un arrêté ministériel, pourvu que ce soit contre un acte administratif, et à ce point de vue l'arrêt de 1907 assimile le règlement d'administration publique au Décret, et non à la loi contre laquelle, en France, le recours pour excès de pouvoir n'est pas admis.

III. — *Arrêt du 4 janvier 1910. — Chemin de fer métropolitain.*

L'arrêt de 1905 et celui de 1907 sont relatifs à des chemins de fer d'intérêt général, une jurisprudence identique s'applique également aux chemins de fer d'intérêt local ; en ce sens, nous trouvons un arrêt relatif au chemin de fer Métropolitain du 4 janvier 1910 (1). Cet arrêt déclare recevable, mais non fondé, un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation d'un arrêté de police prescrivant, dans un intérêt de sécurité publique, l'établissement de sorties supplémentaires destinées à assurer l'évacuation rapide du souterrain par les voyageurs en cas de danger.

En résumé, l'on voit par l'étude de cette dualité du recours que la jurisprudence repousse, à l'heure actuelle, la conception unitaire de la nature juridique de l'acte de concession ; elle admet deux sortes de recours, parce qu'elle y voit un acte de nature juridique complexe, renfermant à la fois des dispositions légis-

---

(1) LEBON, 1910, p. 98.

latives ou réglementaires, et des dispositions contractuelles.

Nous allons voir maintenant quelles conséquences la jurisprudence tire de cette nature juridique complexe qu'elle reconnaît à l'acte de concession.

SECTION II

CONSÉQUENCES DE CETTE NATURE JURIDIQUE COMPLEXE DANS LES MODIFICATIONS APPORTÉES A LA CONCESSION

CHAPITRE I

De la Jurisprudence en matière de modifications apportées par le Concédant à la situation légale ou réglementaire du Concessionnaire.

Il est un domaine où cette théorie des pouvoirs de l'Etat ou de toute autre personne publique en face d'une concession de service public a reçu de nombreuses applications : c'est dans le domaine des *transports en commun*.

Et cela était inévitable, étant donné d'une part les progrès considérables réalisés dans cette industrie

et d'autre part l'augmentation croissante des besoins journellement ressentie en cette matière. Le service public concédé restant un service public, la personne administrative concédante demeure responsable de son bon fonctionnement et par suite doit pouvoir modifier son organisation dans la mesure où l'exige la satisfaction des besoins de la collectivité.

Nous examinerons dans cette matière trois arrêts rendus par le Conseil d'Etat (1), tant en matière de chemins de fer que de tramways, qui montrent nettement l'évolution de la jurisprudence dans le sens de notre thèse, ce sont les arrêts du 23 juin 1903, du 6 décembre 1907 et du 11 mars 1910.

PREMIÈRE ESPÈCE

Et tout d'abord, l'arrêt du 23 juin 1903 (Cie des chemins de fer économiques du Nord) Teissier, commissaire du Gouvernement (2).

Un préfet a pris un arrêté pour obliger un concessionnaire de tramways à mettre en service tous

---

(1) A l'étranger également on a discuté cette question, notamment dans le procès du chemin de fer de l'Ouest Suisse contre la Confédération, procès pour lequel Carrard, Heusler et Hilty ont rédigé leur consultation (Drei Reichtsgutachten, betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahn-Konzessionen). Le Conseil fédéral avait enjoint à la Société de faire passer sur sa ligne de la vallée de la Broye un quatrième train par jour nécessaire dans l'intérêt de la correspondance, alors que la concession prévoyait un minimum de 2 trains seulement Le droit du Conseil fédéral était certain, mais une indemnité était due.

(2) Leb. 1903, p. 62, et R. D. P. 1904, p. 325 note Hauriou.

les jours un train de plus ; il prétend puiser ce pouvoir réglementaire dans l'article 33 du règlement du 6 août 1881 rendu pour l'exécution de l'art. 38 de la loi du 11 juin 1880, et ainsi conçu : « Le préfet détermine, sur la proposition du concessionnaire, le minimum et le maximum de la vitesse des convois de voyageurs et de marchandises sur les différentes sections de la ligne, ainsi que le *tableau du service des trains* ».

De son côté la Compagnie requérante invoque l'article 14 de son cahier des charges qui porte que le nombre minimum des voyages qui devront être faits tous les jours dans chaque sens est fixé à deux en hiver et quatre en été ; elle soutient que ce minimum contractuel est en même temps un maximum et que, par cette disposition du cahier des charges, le pouvoir réglementaire du préfet se trouve lié.

En somme, pour la Compagnie concessionnaire, et aussi pour l'un des défendeurs, le ministre de l'Intérieur, nous sommes en face d'un acte purement contractuel, l'acte de concession, par suite modifiable seulement par la volonté concordante de tous les contractants, dès lors, il s'agit d'interpréter l'acte de concession et la Compagnie l'interprétait dans le sens de la limitation à deux trains du service, le minimum était en même temps un maximum contractuel intangible pour le concédant.

Le Ministre des Travaux publics était au contraire d'un autre avis, le pouvoir de fixation du nombre des trains appartenait, pour lui, en vertu des textes en

vigueur, à l'Administration et l'acte de concession ne l'avait pas, et même n'aurait pas pu diminuer.

Dans cette affaire, M. le Commissaire du Gouvernement Teissier a envisagé la situation dans des conclusions très détaillées.

Il constate d'abord que le service public concédé demeure un service public, et que, comme tel, l'Etat, responsable de son bon fonctionnement, de la sécurité publique qu'une exécution inhabile du service peut compromettre, responsable enfin de l'ordre public, qu'une exécution incomplète ou maladroite peut troubler, conserve certains pouvoirs de réglementation à son égard.

C'était d'ailleurs déjà l'avis du Ministre des Travaux publics, M. Dumon, dans son rapport au Roi sur l'ordonnance de 1846 :

« Le service des chemins de fer, disait-il, doit être organisé de telle sorte que, chaque jour, les personnes qui ont à le parcourir soient assurées de trouver, lorsqu'elles se présentent, les moyens de transport qui leur ont été promis. Il faut que, chaque jour, les Compagnies donnent au public, dans chaque sens et à des heures de départ commodes, un nombre de colis en rapport avec le nombre des voyageurs qui circulent et avec l'importance des relations établies. Les Compagnies, sans doute, sont le plus souvent les meilleurs juges des besoins du public à cet égard ; mais quelquefois elles peuvent se tromper dans leur appréciation et le Gouvernement doit avoir le droit de pourvoir à ce que cette appréciation peut offrir d'erroné et d'incomplet ».

Et le Commissaire du Gouvernement d'ajouter : « Ce droit d'imposer les modifications nécessaires pour les besoins du public avait été généralement interprété comme impliquant pour l'Administration le droit de fixer le nombre des trains nécessités par le trafic d'une ligne déterminée. Cependant cette opinion n'était pas la seule, et beaucoup contestaient ce droit du ministre. Aussi c'est à raison de ces contestations et vraisemblablement dans l'intention de les faire cesser que l'article 43 de l'Ordonnance de 1846 a été modifié ou plus exactement complété par l'article 43, § 2 du Décret du 1er mars 1901 (1), lequel est ainsi conçu : « A toute époque, le Ministre des Travaux publics pourra prescrire d'apporter aux horaires des trains, les modifications ou additions qu'il jugera nécessaires pour la sûreté de la circulation et les besoins du public. »

Voilà pour lui les principes en matière de concessions de chemins de fer d'intérêt général, ils régissent également ceux d'intérêt local, puisque l'Ordonnance de 1846 leur est applicable et que le Decret du 1er mars 1901 a été, aux termes mêmes de son article 77, étendu expressément aux chemins de fer d'intérêt local à propos desquels les préfets exercent les pouvoirs dévolus au ministre des Travaux publics, en ce qui concerne les lignes d'intérêt général.

Mais en est-il de même pour les tramways

Le Conseil de Préfecture, dans cette espèce, en a décidé ainsi en première instance, et le ministre des Travaux publics, contrairement au Ministre de l'In-

(1) Duvergier, p. 382.

térieur, soutient dans sa requête cette doctrine ; elle se fonde sur l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, rendu pour l'exécution de l'article 38 de la loi du 11 juin 1880 concernant l'établissement et l'exploitation des voies ferrées sur le sol des voies publiques.

Et l'on dit : si d'après cette disposition le préfet a le droit absolu d'arrêter le tableau du service des trains, il peut, non seulement en déterminer l'horaire, mais aussi le nombre, car déterminer le *tableau du service des trains*, c'est tout ensemble fixer le nombre des trains et leur horaire. Telle est, au surplus, l'interprétation de la section des Travaux publics du Conseil d'Etat dans un *avis du 21 mai 1901*, relatif aux Tramways d'Ille-et-Vilaine.

« Considérant, porte cet avis, que le préfet tient de l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 le pouvoir de déterminer le service des trains, en en fixant le nombre d'après les nécessités d'une bonne exploitation ; que ce droit conféré au préfet est général et absolu et ne rencontre d'autres restrictions que celle résultant de stipulations expresses inscrites dans les actes de concession. »

Pour nous il semble bien que cet avis du Conseil d'Etat soit rendu en conformité des principes généraux de l'organisation des services publics, et spécialement des textes qui régissent la matière.

M. Teissier au contraire ne croit pas qu'on puisse appliquer les mêmes principes en matière de tramways qu'en matière de chemins de fer parce que l'art.

33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 ne reconnaît pas expressément au préfet les pouvoirs qu'on prétend lui attribuer. « En effet, dit-il, tandis que l'article 43 de l'Ordonnance de 1846 a employé pour déterminer les pouvoirs du ministre une formule générale, lui donnant le droit de prescrire toutes les modifications nécessaires pour les besoins du public, tandis que le Décret du 1er mars 1901, qui a modifié l'Ordonnance de 1846, lui confère expressément le droit d'imposer toutes les modifications ou additions aux horaires des trains dans l'intérêt du public, l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 procède, au contraire, par voie d'énumération. Le préfet, y est-il dit, détermine le minimum et le maximum de la vitesse des convois et le tableau du service des trains ». Et le commissaire du gouvernement d'ajouter : « Cela implique, bien évidemment le droit de déterminer les horaires, droit auquel elle ne peut renoncer, car il est en lien étroit avec la sécurité publique que doit sauvegarder l'Etat, mais ne donne pas le droit de fixer le nombre de trains » ; et pourtant, dirons-nous l'obligation de l'Etat au bon fonctionnement ne suffit-elle pas à justifier ce pouvoir de l'administration ?

Mais ce n'est pas le silence ou l'absence de textes autorisant cette réglementation qui surtout détermine l'opinion de M. Teissier, mais bien plutôt l'insertion dans le cahier des charges d'une clause ainsi conçue :

« Le nombre minimum des voyages qui devront être faits tous les jours dans chaque sens est fixé à deux en hiver et à quatre en été ».

Et cette clause, pour lui, détermine à la fois les droits de l'administration et l'obligation minimum des concessionnaires, c'est une disposition contractuelle qui vient limiter par voie de conséquence l'exercice du pouvoir réglementaire.

Il ne s'ensuit pas que la Compagnie ne doive pas augmenter le nombre de tramways pendant la durée de la concession, au contraire, elle devra le faire toutes les fois que les besoins du public l'exigent, puisque l'article 29 du cahier des charges rappelle l'obligation pour la Compagnie d'assurer le service, mais le concédant ne pourra de sa seule autorité obliger le concessionnaire à mettre en service un nombre de trains supérieur au chiffre minimum fixé : il ne pourra qu'arguer de la violation du contrat et requérir la déchéance. En somme, l'opinion de M. Teissier repose sur le caractère contractuel de cette disposition.

Sans chercher à justifier cette clause minimum comme une garantie destinée à prémunir l'administration contre ses propres faiblesses, nous l'expliquons normalement dans notre théorie, en voyant dans cette clause la limite du pouvoir de réglementation dont l'Administration peut user sans que la Compagnie puisse prétendre à aucune indemnité.

Le Conseil d'Etat, dans cette espèce, a suivi son commissaire du Gouvernement et a vu dans la disposition fixant le nombre des trains une disposition intangible à laquelle on ne peut porter atteinte, et comme conséquence de cette interprétation a annulé : 1° l'arrêté du Conseil de Préfecture, 2° l'arrêté du

préfet, admettant en outre une réparation pécuniaire pour le dommage causé au concessionnaire.

Telle a été la première jurisprudence en cette matière, concevant une limitation possible aux pouvoirs de réglementation de l'Administration en ce qui concerne l'organisation du service.

DEUXIÈME ESPÈCE

Un recours identique a été exercé postérieurement à propos des Chemins de fer d'intérêt général, et le Conseil d'Etat, cette fois, n'a pas craint d'affirmer la nature réglementaire des dispositions concernant l'organisation du service, bien que figurant dans l'acte de concession.

Cet arrêt du 6 décembre 1907 (1) déclare recevable un recours pour excès de pouvoir formé par les grandes Compagnies de chemins de fer contre le Décret du 1er mars 1901, pris, soutenaient les Compagnies, en violation des lois du 11 juin 1842 (art. 9), et du 15 juillet 1845 et de l'Ordonnance du 15 novembre 1846, rendue en exécution de ces lois.

Ce Décret du 1er mars 1901 apportait des modifications importantes à l'Ordonnance du 15 novembre 1846 sur divers points : les articles 2 et 65 confèrent au ministre le droit d'imposer à la Compagnie la création de nouvelles voies, des installations de gares, de bâtiments, d'outillage, l'augmentation du personnel et du matériel roulant. L'article 6 permet au ministre d'imposer l'éclairage des tunnels. L'article

(1) 1907, p. 913.

7, § 2 lui confère le soin de déterminer les conditions auxquelles le matériel n'appartenant pas à la Compagnie requérante pourra être admis à circuler sur son réseau. L'article 12, § 2 lui attribue le droit de déterminer les dimensions minima de la place affectée à chaque voyageur dans les voitures de toutes classes. L'article 15, § 2 et § 3 lui confère le droit de prescrire toutes les dispositions qu'il jugera nécessaires au point de vue de l'hygiène publique et de faire retirer de la circulation ou exclure d'un train déterminé les locomotives, tenders et autres véhicules qui ne lui paraîtraient pas remplir les conditions voulues pour assurer la sécurité de l'exploitation. L'article 24, § 2 prescrit le chauffage des voitures pendant la saison froide, et le § 3 du même article autorise le ministre à prescrire les mesures qu'il jugera nécessaires pour l'éclairage intérieur et le chauffage des voitures si les mesures prises par la Compagnie lui paraissent insuffisantes. L'article 43, § 1 et § 2 permet au ministre de modifier à toute époque les horaires des trains et de prescrire l'augmentation du nombre des trains.

Enfin l'article 68 remet au ministre le pouvoir de déterminer les dispositions relatives à la durée du travail des agents qu'il jugera nécessaires à la sécurité de l'exploitation.

Lésées par ces charges nouvelles, très lourdes pour elles, les Compagnies de chemins de fer ont formé un recours en annulation pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

A l'appui de leur requête, elles faisaient valoir :

1° Que leurs droits et leurs obligations avaient été

établis en prenant pour base les textes réglementant l'organisation du service au moment de la passation de la concession, que par suite ces textes ne pouvaient être modifiés sans entente préalable avec la Compagnie concessionnaire, qu'en outre, ce Decret du 1er mars 1901 avait été rendu en dehors des limites de réglementation permises par ces lois, comme ne rentrant pas dans les termes « Mesures et dispositions nécessaires pour garantir la police, la sûreté, la conservation, l'usage et l'exploitation des chemins de fer ».

En face de ces requêtes le Conseil d'Etat déclara recevable le recours pour excès de pouvoir en tant qu'il repose sur un acte émanant d'une autorité administrative, même agissant sur l'invitation du législateur, par suite soumis à la loi du 24 mai 1872 (article 9) sur le point de savoir si les dispositions édictées par le règlement d'administration publique rentrent bien dans les limites de ses pouvoirs.

Mais il le déclare mal fondé.

« Sur le moyen tiré de ce que les dispositions de l'Ordonnance du 15 novembre 1846 ayant servi de base au contrat intervenu entre l'Etat et les Compagnies, ne pouvaient pas êtres modifiées par l'Etat sans entente préalable avec ces dernières ;

Considérant que les pouvoirs de réglementation exercés par l'Etat en matière de chemins de fer, *bien que rappelés expressément par l'article 33 du cahier des charges*, dérivent des lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845, et non du contrat de concession, lequel

ne saurait faire obstacle à leur exercice ; qu'ainsi, en édictant le Décret du 1er mars 1901, le gouvernement a usé d'un droit qui lui appartenait ;

Considérant que les pouvoirs conférés au gouvernement par les lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845 visent tout à la fois la sécurité et l'exploitation, qu'ils impliquent en conséquence, pour l'administration, le droit non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité de la circulation, mais encore de prescrire à toute époque les modifications et les additions nécessaires pour assurer dans l'intérêt du public la marche normale du service ; que l'article 43 du Décret du 1er mars 1901 n'a fait au surplus que préciser à cet égard les droits que le même article 43 de l'Ordonnance du 15 novembre 1846 avait attribués au Ministre des Travaux publics ; qu'ainsi ces prescriptions rentraient dans les mesures qu'il appartenait au Chef de l'Etat d'édicter par application des lois précitées ».

Cet arrêt d'ailleurs avait été rendu en conformité des conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu ; mais, il faut bien le reconnaître, il ne visait que les chemins de fer d'intérêt général, par suite, notamment en ce qui concerne la fixation du nombre des trains, on se trouvait, semble-t-il, en face de deux jurisprudences opposées, l'une pour les chemins de fer et l'autre pour les tramways.

TROISIÈME ESPÈCE

Mais l'unification de jurisprudence dans le sens

de celle adoptée en matière de chemins de fer d'intérêt général, ne devait pas tarder à se faire : elle est consacrée en effet par l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mars 1910 (1).

Il s'agissait dans l'espèce d'une concession de tramways faite à la Compagnie générale française des tramways et de l'augmentation, par un arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône, du nombre de voyages à effectuer. Le Conseil d'Etat, *conformément aux conclusions du commissaire du Gouvernement Blum* a reconnu le droit de l'administration d'apporter aux horaires toutes modifications utiles sauf à être tenue à indemniser le concessionnaire au cas de violation du cahier des charges.

Voici d'ailleurs les faits : un Decret du 28 janvier 1901 a concédé à la Compagnie générale Française des tramways l'exploitation d'un service public de tramways à Marseille. Le 23 juin 1903, le préfet des Bouches-du-Rhône a, par arrêté, réglé le service des voitures du 1er mai au 2 novembre 1903. L'effet de cette fixation nouvelle d'horaire a entraîné, pour la Compagnie, des dépenses supplémentaires, par suite de l'augmentation de voyages à effectuer. Aussi a-t-elle demandé au Conseil de Préfecture d'annuler l'arrêté préfectoral du 23 juin 1903 et le Conseil de Préfecture lui a donné gain de cause (arrêté du 15 février 1904).

D'où appel du Ministre des Travaux publics devant le Conseil d'Etat. A l'appui de sa requête il invoquait

---

(1) *R. D. P.*, 1910, p. 270, note Jèze.

la nature juridique complexe de l'acte de concession, tandis que la Compagnie lui opposait le caractère exclusivement contractuel de cet acte.

Examinons successivement ces deux thèses, telles qu'elles étaient présentées par les plaideurs, et voyons en quel sens le Conseil d'Etat s'est rangé.

Première thèse. — La Compagnie soutenait le caractère exclusivement contractuel de la concession.

Dès lors pour elle, nous sommes en face d'un acte intangible, car, suivant l'expression consacrée, le « contrat est la loi des parties ». L'Administration n'a donc plus le droit, nonobstant les stipulations du contrat, de prescrire toutes les mesures qui lui paraîtraient répondre aux besoins du public. L'Etat possède, de par ce contrat les pouvoirs suffisants pour assurer le bon fonctionnement du service, en effet, on y trouve l'obligation pour le concessionnaire d'assurer le service, et le Concédant pourra prononcer la déchéance si son concessionnaire ne remplit pas ses obligations, sauf bien entendu le droit pour celui-ci de former un recours en annulation de cet arrêté de déchéance devant le Conseil de Préfecture.

Particulièrement dans l'espèce présente, l'arrêté préfectoral a violé le contrat en modifiant le nombre de voyages et en dépassant le chiffre fixé par le contrat. D'où recours en annulation fondé.

Deuxième thèse. — A côté de cette théorie absolue, l'Administration, quant à elle, distinguait dans la concession de service public l'acte légal ou réglementaire

d'organisation du service public, et l'acte contractuel de concession. L'Etat étant tenu d'assurer le bon fonctionnement des services publics, et le service de transport en commun, même concédé, demeurant un service public, il possède le droit de prescrire les mesures nécessaires pour assurer la satisfaction des besoins et des intérêts du public, *quelles que soient les stipulations du contrat :* notamment il a le droit de fixer le nombre des trains selon les besoins du public.

Rien ne peut remplacer ce droit : l'intérêt du concessionnaire à assurer le service aussi bien qu'il est nécessaire ne constitue pas une garantie suffisante, l'intérêt général n'étant pas toujours en harmonie avec son intérêt particulier, un nombre supérieur de trains ne lui procurant pas le plus souvent un accroissement de rendement équivalent à l'accroissement de charges.

Le droit de prononcer la déchéance est une arme trop considérable, et n'aboutissant pas au résultat voulu, l'amélioration du service.

Aussi pour l'administration rien ne peut suppléer ce droit de la puissance publique d'apprécier les besoins du public et d'en assurer la satisfaction, et aucune stipulation contractuelle ne saurait porter atteinte à ce droit et en changer la nature. Mais ce n'est pas à dire que l'Etat pourra aggraver impunément la situation financière du concessionnaire en modifiant l'organisation du service, celui-ci ayant en effet le droit incontestable de s'adresser au Conseil de Préfecture pour demander la condamnation du concédant

à son profit à une somme équivalente au dommage causé, ou même à la résiliation de la concession si l'économie de la concession est bouleversée.

En présence de ces deux thèses, le Commissaire du Gouvernement, M. Blum, devait se prononcer, et il n'a pas hésité à le faire dans le sens de celle de l'Administration, c'est-à-dire que, suivant sa formule, la concession est « *en un sens un agencement financier à forme certaine, et en un autre sens le mode de gestion d'un service public à besoins variables.* »

Ainsi pour lui le service de transport en commun par voie ferrée est concédé, mais il n'en demeure pas moins un service public, et comme tel soumis au contrôle et à la réglementation de l'Administration concédante, celle-ci restant responsable de bon fonctionnement du service vis à vis des administrés, et aussi de la sécurité publique et de l'ordre public qu'une mauvaise exécution du service peut compromettre.

Ce pouvoir existe vis à vis de tous les services concédés, mais souvent il n'est nullement réglementé par la loi ou les textes qui en découlent, ici au contraire il résulte de textes précis ; c'est la loi du 11 juin 1842 (art. 9), qui prévoit des règlements d'administration publique sur les mesures intéressant la police, la sûreté, l'usage des chemins de fer : c'est encore l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 qui prévoit les Ordonnances royales destinées à réglementer la police, la sûreté, l'exploitation des chemins de fer ; c'est enfin la loi du 11 juin 1880, art. 37 qui déclare applicables aux tramways les textes relatifs à la police des chemins de fer.

Le pouvoir de réglementation ne dérive donc pas des dispositions contractuelles, émanées des deux parties, mais l'Administration le tient de textes extra-contractuels. C'est ce qui résulte très nettement des conclusions du Commissaire du Gouvernement lorsqu'il dit « ce que nous demandons de dire, c'est que le Préfet eût pu prendre régulièrement la décision contestée, même dans le silence du contrat, et non pas comme surveillant et exécuteur de la convention, mais en usant du pouvoir réglementaire qui, selon nous, lui appartenait légalement. »

En effet, que dit l'article 33 du Décret du 6 août 1881 rendu en exécution de la loi du 11 juin 1880 et modifié par le Décret du 13 février 1900 :

« Le Préfet détermine, sur la proposition du concessionnaire, le minimum et le maximum de la vitesse des convois de voyageurs et de marchandises sur les différentes sections de la ligne ; ainsi que le tableau du service des trains. »

C'est-à-dire, selon M. Blum, dont nous partageons complètement la manière de voir, que par « *Tableau du service* » il faut entendre à la fois fixation de l'horaire et aussi fixation du nombre des voyages.

D'abord ne peut-on pas tirer argument de ce qui est admis en matière de chemin de fer d'intérêt local, par suite de l'interprétation donnée par l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 novembre 1907 sur la légalité du Décret du 1er mars 1901 ainsi conçu :

« Le ministre pourra prescrire d'apporter aux horaires des trains les modifications ou additions qu'il

jugera nécessaires pour la sûreté de la circulation ou les besoins du public. »

En fait les mêmes raisons pratiques justifient cette identité de situations juridiques : l'évacuation régulière des voyageurs est aussi sinon plus nécessaire dans une ville importante que sur le parcours très étendu d'un chemin de fer d'intérêt général ou local. En tout cas l'agglomération d'un public mécontent sur les trottoirs d'une grande ville importe plus à l'ordre que l'encombrement possible d'une gare de campagne.

D'ailleurs n'est-ce pas le sens le plus rationnel de l'expression « Tableau de service » que de l'interpréter comme comprenant à la fois et la fixation des heures de départ et d'arrivée, et la fixation du nombre des trains, ces deux pouvoirs sont en quelque sorte connexes, inséparables.

N'avons-nous pas de plus dans le passé une analogie à invoquer dans l'expression « règlement de service » qui figurait à l'article 43 de l'Ordonnance du 15 novembre 1846, et que le ministre des Travaux publics, dans le rapport au roi accompagnant l'Ordonnance, expliquait en démontrant que la fixation du nombre des trains et des horaires étaient également nécessaire pour assurer la commodité et la sécurité dans le fonctionnement du service « en évitant que la circulation ne soit concentrée dans un trop petit nombre de convois journaliers. »

En outre cette interprétation est celle fournie par le Conseil d'Etat, organe administratif en tant qu'il

est appelé à émettre des avis doctrinaux, dans l'*avis de la section des Travaux publics du 21 mai 1901.*

Le Conseil général d'Ille-et-Vilaine désirant augmenter le nombre des trains que devait, en vertu du cahier des charges, le concessionnaire des tramways du département, avait demandé une modification de ce cahier des charges. La section des Travaux publics s'est déclarée nettement défavorable à l'adoption du projet de Décret portant approbation de cet avenant.

« Le Préfet, a-t-elle dit, tenait de l'article 33 le pouvoir de déterminer le service des trains, et d'en fixer le nombre, d'après les nécessités d'une bonne exploitation. Ce droit du préfet est général et absolu, et ne rencontre d'autres rectrictions que celles résultant des stipulations expresses des actes de concession. »

Ce qui signifie que le Conseil d'Etat n'admet de restrictions au pouvoir de réglementation que par une clause expresse, formelle de renonciation à exercer ce droit dans le contrat de concession qui ici n'existe pas.

Pour la Compagnie l'article 33 des Décrets de 1881 et de 1900 examiné dans son texte, ou interprété par rapprochement avec les autres textes de la matière, ne confère pas au préfet le droit de fixer le nombre des voyages. L'expression « tableau de service » doit s'entendre *stricto sensu* et s'applique seulement à la fixation de l'horaire, et surtout la détermination du nombre des trains n'appartient pas au domaine réglementaire, mais bien au domaine contractuel.

En second lieu : supposât-on que la détermination du nombre des trains appartint en théorie au domaine réglementaire (ce qui nous semble juste, étant donné qu'il s'agit ici de l'organisation du service). l'Etat aurait renoncé implicitement à son droit de réglementation en insérant dans le cahier des charges, conformément au cahier des charges type annexé au décret de 1881, la clause qui indique le minimum des trains dûs par le concessionnaire. Cette clause des contrats a rendu la matière contractuelle, alors même qu'elle ne le serait pas par sa nature propre. Et ce minimum contractuel — c'est l'expression même de l'arrêt — ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties.

« Sur ces deux points, dit le Commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, nous croyons avoir répondu d'avance. Nous croyons avoir montré que, soit au point de vue de l'analyse interne, soit au point de vue du rapprochement avec les textes voisins, soit même au point de vue des nécessités matérielles, l'article 33 devait être interprété au sens large, non pas au sens étroit, et que la fixation du nombre des trains entrait dans les attributions qu'il confère au représentant de l'Etat. Nous croyons vous avoir montré que la matière est réglementaire, non pas contractuelle, et que d'autre part, la fixation d'un minimum ne peut être considérée comme une renonciation contractuelle à ce droit réglementaire. La renonciation à un droit de cette nature ne peut en effet résulter que d'une stipulation expresse, et elle ne saurait être contenue tacitement, implicitement dans l'énonciation des don-

nées de fait, de calculs, de précisions de toute sorte, dont l'objet et la portée sont entièrement étrangers à la question. L'objet unique de ces précisions est de constituer par leur corrélation, équitable, par leur compensation présumée, l'unité financière du contrat. Elles ne peuvent limiter par leur simple énonciation, par leur simple existence, un droit de réglementation qui est indépendant du contrat, puisqu'il a pour objet final d'assurer, quoiqu'il ait été convenu, quoiqu'il arrive, l'exécution normale du service public.

En ce qui concerne notamment les minima déterminés par les cahiers des charges types, l'utilité de leur insertion se comprend suffisamment — en dehors de toute limitation implicite du droit de l'Etat. Ils sont d'abord l'offre du concessionnaire, offre parfois supérieure aux besoins constatés au moment de la concession et qui a déterminé le concédant à traiter. Ils lient l'Administration elle-même vis à vis du public. Ils sont un terrain d'expérience, comme le prouve cette affaire même, où le tableau annexé à l'article 14 n'a jamais été, en fait, appliqué par la Compagnie elle-même ; et sur ces données provisoires, pourra s'exercer, suivant les résultats observés, soit l'initiative du concessionnaire, soit celle de l'Administration. Ils seront, enfin, le cas échéant la base de l'indemnité à laquelle le concessionnaire aura droit, si le dépassement n'est pas prévu et rémunéré d'avance par son contrat. Mais l'insertion d'un minimum dans le cahier des charges ne peut avoir pour effet de déterminer, de consolider, pour toute la durée de la concession, les nécessités du service. »

Nous avons tenu à citer intégralement ce passage des conclusions de M. Blum, car il contient en termes formels l'exposé de toute notre théorie.

Le Conseil d'Etat se rangeant à l'avis de son Commissaire du Gouvernement a consacré cette doctrine dans l'arrêt du 11 mars 1910 rendu à propos de cette espèce.

« L'arrêté du Préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, pris en exécution des lois du 11 juin 1880 (art. 38) et du 15 juillet 1845 (art. 21) lesquels impliquent pour l'Administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service. Ainsi, la circonstance que le préfet aurait, comme le soutient la compagnie, imposé à cette dernière un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes ne serait pas de nature à entraîner, à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'arrêté préfectoral du 23 juin 1903. C'est par suite à tort que le Conseil de préfecture a prononcé cette annulation. »

En résumé cet arrêt consacre les trois points suivants.

I. — Le Cahier des charges n'est pas un bloc uniquement contractuel.

II. — Toutes les clauses de ce cahier relatives à l'organisation du service ont un caractère légal ou réglementaire. Incontestablement la détermination des horaires et du nombre des trains est une clause se rattachant au fonctionnement du service, elle a donc un caractère réglementaire.

III. — L'agent administratif investi du pouvoir réglementaire peut modifier les clauses réglementaires dès que l'intérêt du public l'exige ; en particulier, il peut modifier l'horaire et le nombre des trains (1).

CHAPITRE II

Jurisprudence concernant les atteintes à la situation individuelle.

Paragraphe I. — *Atteintes résultant de modifications dans l'Organisation du service.*

Nous venons de voir que certaines dispositions de l'acte de concession peuvent être modifiées par la seule volonté du concédant, sans que le concessionnaire puisse les attaquer efficacement : ce sont celles

(1) Jèze, *R. D, P.*, 1910, p. 275.

relatives à l'organisation du service ou touchant à son fonctionnement, le concessionnaire n'étant dans ce domaine que dans une situation légale ou réglementaire, par suite modifiable à tout moment.

Mais le concessionnaire est aussi dans une situation individuelle, et comme telle intangible, dès lors, s'il ne peut rien contre un acte modifiant l'organisation du service, il n'est pas tenu d'en supporter les conséquences pécuniaires, il pourra devant le Juge du Contrat, en l'espèce le Conseil de Préfecture, former un recours en indemnité ou même demander la résiliation de la concession si l'économie du contrat est bouleversée.

En ce sens le Conseil d'Etat a statué dans toutes les hypothèses envisagées en matière de modifications apportées dans l'organisation du service et portant atteinte à la situation individuelle du concessionnaire : il déboutait le concessionnaire de sa demande en annulation, mais le renvoyait à se pourvoir en indemnité devant le Conseil de Préfecture.

Ainsi dans l'arrêt de 1907 (1) le Conseil d'Etat a inséré un considérant ainsi conçu :

« Considérant d'ailleurs, poursuit en effet le Conseil d'Etat, que si les Compagnies requérantes se croient fondées à soutenir que les mesures prescrites par le Décret attaqué introduisent dans les charges de l'exploitation des éléments qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes et qu'il est porté atteinte aux conventions intervenues entre les

(1) Arrêt du 6 déc. 1907, p. 912.

parties, il leur appartient de porter telle réclamation que de droit devant le Conseil de Préfecture compétent pour statuer sur les litiges en matière de concession de Travaux publics par application de la loi du 28 pluviôse an VIII. »

Ce même considérant figure également dans l'arrêt Bône-Guelma du 4 août 1905 (1), relatif à la durée du travail de certains agents de la Compagnie concessionnaire et à l'aggravation de charges qui pourrait résulter pour le concessionnaire de la limitation de la journée de travail de ses employés. Une telle mesure, prise dans l'intérêt de la sécurité des voyageurs, est légale, mais ne peut porter atteinte à la situation contractuelle du concessionnaire sans donner lieu à une indemnité égale au préjudice éprouvé.

De même dans l'arrêt de 1910 (2) après avoir rejeté le recours en annulation le Conseil d'Etat réserve le recours de plein contentieux devant le Conseil de Préfecture.

Ici l'intention des parties sera l'élément prépondérant de décision, peu importe d'ailleurs que cette intention soit ou non formellement exprimée. Il faudra rechercher si le Concessionnaire a entendu traiter *rebus sic stantibus*, ou si par avance il a renoncé à réclamer toute indemnité.

En général pour les Compagnies de chemins de fer ou de tramways l'acte de concession fixe un nombre de trains minimum que devra mettre en circulation

(1) Leb., 1905, p. 270.
(2) *R. D. P.*, 1910, p. 270.

le concessionnaire, ou encore (comme dans les concessions de 1883) établit un rapport entre le rendement par kilomètre et le nombre de trains, l'effet de ces clauses n'est pas de limiter le pouvoir réglementaire du concédant, mais bien de fixer une limite à son pouvoir de réglementation sans indemnité, comme l'a si bien démontré le Commissaire du Gouvernement Blum dans ses conclusions sous l'arrêt de 1910.

Paragraphe II. — *Atteintes indirectes à la situation individuelle du concessionnaire.*

Il est possible que des actes législatifs ou réglementaires, ou simplement administratifs, quoique totalement étrangers au service concédé et par suite n'en modifiant pas l'organisation, réagissent indirectement sur la situation intangible du concessionnaire. Il sera alors dû réparation dans la mesure où il y a aggravation des charges, et même la résiliation de la concession pourra être prononcée si l'économie du contrat est bouleversée.

Cette situation se rencontre notamment dans le cas d'octroi d'une concession concurrente, ou encore de création ou d'augmentation d'impôts ou de taxes qui rendent plus onéreuse la situation du concessionnaire.

Toute une jurisprudence s'est élaborée dans cette double matière. Nous allons l'examiner dans les différents services publics concédés.

1° Atteintes a la situation individuelle du concessionnaire par l'octroi d'une concession concurrente.

a. — *Concession d'éclairage.*

Le problème à résoudre était le suivant. Est-ce que la commune est tenue, par le fait qu'elle a accordé une concession, de renoncer dans le cours de cette concession à n'en octroyer aucune autre, alors même que l'intérêt public serait en jeu.

Cette hypothèse s'est réalisée en matière de concession d'éclairage par le gaz, lorsque l'électricité est apparue comme un procédé préférable et en même temps plus économique. Alors que de petites villes et souvent même des villages, n'ayant auparavant aucun éclairage, pouvaient profiter de ce progrès de la science, les grands centres se heurtaient à une concession déjà existante. Cependant certaines villes eurent à cœur de ne pas rester en retard sur le progrès, et concédèrent ou favorisèrent un nouveau système d'éclairage ; quels sont en face d'une telle situation les droits du concessionnaire primitif ?

Première hypothèse. — On peut d'abord supposer que la commune substitue ou plutôt juxtapose à l'éclairage au gaz l'éclairage électrique et s'adresse au concessionnaire primitif pour l'établissement et l'exploitation de ce nouvel éclairage. Celui-ci peut accepter, et c'est l'hypothèse normale, dans ce cas pas de difficultés, il devra être dédommagé des frais supplémentaires que lui occasionne ce nouveau service. En

face de cette nouvelle situation en général un nouvel acte de concession est établi.

Seconde hypothèse. — Une clause formelle réserve au Concédant, au cas de découverte d'un nouvel éclairage remplissant certaines conditions, le droit d'établir une concession concurrente.

Dans ce cas pas de difficultés : c'est là une disposition prévoyant d'avance une atteinte possible à la situation individuelle du concessionnaire telle qu'elle était établie au moment de la passation de la concession. Celui-ci a dû faire état de cet éventualité en discutant les conditions financières de la concession, et par suite il ne pourra réclamer aucune indemnité.

Mais il faut que les conditions mises à l'établissement d'une concession nouvelle soient réunies sans quoi il y a atteinte portée à sa situation contractuelle et alors indemnité correspondant à la perte éprouvée (1).

Troisième hypothèse. — En sens inverse une clause formelle peut reconnaître au concessionnaire un monopole. Quelle sera la conséquence de ce monopole ?

Il est nécessaire d'abord de préciser ce que peut être ce monopole.

Si la commune ne conférait au concessionnaire qu'une situation aussi aléatoire que dans l'hypothèse précédente il serait à craindre qu'elle ne trouve pas

---

(1) Ville de Perpignan, 6 mai 1904. p. 370.

de concessionnaire ou que ceux-ci lui imposent des conditions d'exploitation très lourdes pour les garantir des risques énormes qu'ils acceptent de courir. Aussi le monopole du service est-il, sinon une nécessité, du moins un régime assez désirable non seulement pour un motif financier, mais aussi dans l'intérêt de la voie publique, et dans l'intérêt surtout de ceux qui doivent bénéficier du service.

La voie publique d'abord aura moins à souffrir des travaux nécessités par une entreprise unique, que des bouleversements sans nombre qu'elle subirait au cas d'entreprises concurrentes.

En outre, et surtout, le service public a pour but la satisfaction des besoins collectifs. Tous les habitants d'une ville ont un égal droit à la satisfaction de leurs besoins : or ce résultat ne peut être obtenu que si le service est remis à titre exclusif à une seule personne, car ayant en même temps la fourniture de l'éclairage privé et de l'éclairage public, et cela à titre exclusif, il pourra compenser le rendement insuffisant des quartiers pauvres par celui des quartiers riches. Autrement les quartiers pauvres ne trouveraient guère de concessionnaires, car les philanthropes sont malheureusement rares.

Seulement si le monopole du service d'éclairage est assurément désirable son établissement soulève des difficultés. En effet une commune ne peut conférer plus de droits qu'elle n'en a : or si elle a incontestablement le droit de concéder d'une façon exclusive la fourniture du gaz pour les édifices et bâtiments publics, elle ne peut se réserver à titre exclusif la four-

niture de l'éclairage chez les particuliers, et par suite concéder directement un tel monopole à moins qu'une loi n'intervienne à cet effet, auquel cas nous aurions alors un monopole de droit ; mais ici apparaît la richesse de la technique juridique : ce qu'il est impossible d'établir directement, du moins dans l'état actuel du droit, à cause du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, peut l'être en usant d'un procédé détourné.

On est parti de cette idée qu'à côté d'une concession de fourniture la concession d'éclairage contenait un marché de Travaux publics, nécessité par l'installation du service, or rien ne s'oppose à ce que la commune refuse une autorisation de voirie nécessaire pour exécuter les travaux ; il est également admis que la commune peut par avance s'interdire d'accorder de nouvelles autorisations de voirie à des entreprises concurrentes (1). En somme on arrive par un moyen détourné à organiser le service en monopole (2).

---

(1) Cette stipulation est même prévue par la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie électrique, dans son article 8.

(2) Dangers des monopoles de fait, *R. D. P.*, t. I, p, 81. « Il y a, dit M. Hauriou, une sorte de resurrection des banalités. Le seigneur féodal n'avait point le monopole de la vente du pain, mais il avait un four, le four banal, et tous ceux qui voulaient faire du pain étaient obligés de le faire cuire à ce four en payant redevance ». — Le concessionnaire de lumière n'a pas, lui non plus, le monopole de la vente de la lumière ; le concessionnaire de distribution d'eau n'a pas le monopole de la vente de l'eau, mais il tient la rue par laquelle seule peut se faire la distribution. — « La rue est devenue *banale* dans le vieux sens du mot, dans le sens du four banal, du moulin banal, c'est-à-dire abusive et oppressive. »

On peut dès lors supposer que pendant 50 ans, le service concédé ait fonctionné avec le gaz comme procédé d'éclairage, et pourtant des perfectionnements ont été réalisés dans le domaine de l'éclairage auxquels le concessionnaire est demeuré indifférent. Il y a opposition entre sa façon d'agir et l'intérêt public qui réclame le progrès.

La commune, saisie d'une demande de concession d'Electricité par une Société nouvelle, accorde l'autorisation de placer au-dessus de la voie publique les fils conducteurs d'électricité. Quelles vont être les conséquences de cette autorisation ? A côté de l'éclairage au gaz, la commune avait certainement le droit d'installer ou de concéder l'éclairage électrique, par suite pas d'annulation possible de cet acte administratif.

Mais ce monopole plaçait le concessionnaire dans une certaine situation financière, et des droits intangibles étaient nés pour le concessionnaire, que vont-ils devenir en face de cette concession concurrente ?

Le concédant s'était engagé vis à vis de lui à lui garantir le monopole de l'éclairage, il a manqué à son engagement : sa responsabilité dès lors est engagée dans la mesure du préjudice causé à la situation financière de la concession primitive. Il convient en outre dans l'appréciation du préjudice causé de faire une large place à l'intention des parties.

En général, et cela tient au caractère de fait du monopole, elle s'est contentée de « s'interdire tout autre autorisation de voirie pouvant porter atteinte à ce concessionnaire » mais par là n'a-t-elle entendu vi-

ser que des autorisations ayant pour but le même éclairage, ou au contraire des autorisations nécessaires pour l'établissement d'un éclairage quel qu'il soit ?

Pour nous, dans le silence de la convention nous estimons que, étant donné que cette façon de procéder n'a pour but que de réaliser indirectement le monopole de l'éclairage, nous estimons, dis-je, que ce monopole des autorisations de voirie est absolu et exclut toute autorisation nouvelle ayant pour but l'établissement d'un procédé quelconque d'éclairage.

Ainsi nous pensons que si la commune pour permettre l'installation d'un réseau électrique, autorise la pose de poteaux destinés à supporter des fils aériens elle use certainement d'un pouvoir incontestable, et inattaquable, mais porte en même temps atteinte à une situation intangible au maintien de laquelle elle sera contrainte par l'allocation d'une indemnité correspondant au préjudice causé.

C'était d'ailleurs il y a quelques années l'opinion qui triomphait en jurisprudence. En effet le Conseil d'Etat, juge d'appel de la question, a annulé les arrêtés des Conseils de Préfecture interprétant restrictivement le monopole concédé et refusant toute indemnité au concessionnaire, sous prétexte qu'il ne s'agissait pas d'autorisations de voirie relatives à des travaux semblables. Pour lui le concessionnaire primitif s'était vu octroyer un monopole exclusif en matière d'autorisations de voirie nécessaires pour la fourniture d'un éclairage quelconque, même totalement différent du premier : en vertu de cette jurispru-

dence la Compagnie a un véritable monopole de lumière et il ne peut y être porté atteinte sans indemnité (1).

Mais le Conseil d'Etat, en même temps que corps judiciaire, est un organe important au point de vue administratif, et, par suite, connaissant les nécessités administratives, il ne pouvait manquer de rester insensible aux conséquences désastreuses de sa jurisprudence pour les finances communales ; aussi tenant compte des nécessités pratiques il l'a modifiée dans un sens favorable aux communes, mais contraire à l'intention des parties qui fait loi en matière contractuelle.

Cette nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat, qui apparaît dès 1900 dans l'arrêt Maromme (2), semble aujourd'hui fixée dans le sens suivant :

L'étendue du monopole des autorisations de voirie varie suivant le degré d'avancement de la science dans le domaine de l'éclairage.

Première hypothèse. — Seul, à l'époque de la concession, l'éclairage au gaz était susceptible d'être distribué par un réseau de canalisations empruntant le domaine public. Dans ce cas il est hors de doute pour tout le monde que monopole des concessions

---

(1) Ville de Limoges, 11 janvier 1895; Leb., 95, p. 21 ; ville de La Rochelle, 8 février 1895, p. 126 ; ville de Bourg, 8 mars 1895, p. 217 ; ville de Fécamp, 25 février 1898, p. 149 ; 15 mai 1903, p. 357.

Pour le calcul de l'indemnité il y aura lieu de tenir compte à la fois du lucrum cessans et du damnum emergens, aussi le plus souvent il faudra recourir à une expertise.

(2) C. d'É., 22 juin 1900, Lebon, p. 415.

de voirie équivaut à monopole de l'éclairage, et par suite l'autorisation de poser des fils électriques porte atteinte à la situation exclusive du concessionnaire primitif et il lui est dû réparation.

Deuxième hypothèse. — Au moment de la passation de l'acte de concession, l'éclairage électrique commençait à recevoir des applications pratiques dans des localités voisines. En ce cas pour la jurisprudence le Concessionnaire est en faute de n'avoir pas inséré une disposition formelle excluant l'éclairage électrique, par suite il serait logique d'ajouter qu'il ne pourra rien réclamer ayant dû prévoir cette éventualité : mais la jurisprudence a craint ici de décourager les concessionnaires à venir, aussi a-t-elle posé, arbitrairement, la nécessité d'une mise en demeure préalable ; il suffira que la ville trouve un concessionnaire pour ce nouvel éclairage, et qu'elle mette en demeure l'ancien de traiter aux mêmes conditions pour échapper à tous dommages-intérêts : le droit de monopole se réduit à un droit de préférence. Pourquoi, puisque la jurisprudence reconnaît la possibilité d'un monopole absolu d'éclairage, n'admet-elle plus l'indemnité lorsqu'il y est porté atteinte, sous prétexte qu'il n'a pas inséré de clause formelle et qu'il a été mis à même de l'organiser ?

C'est que pour elle cette mise en demeure a pour but d'obliger le concessionnaire ancien à exploiter le nouvel éclairage, et que, s'il s'y refuse, il viole ses obligations, puisqu'il s'est engagé à fournir l'éclairage, par suite la commune se trouve déchargée vis

à vis de lui de tous dommages-intérêts (1). En revanche, s'il n'y avait pas mise en demeure le concessionnaire n'ayant pas été mis en mesure de remplir toutes ses obligations aurait droit à indemnité.

Ne semble-t-il pas plutôt que si la ville n'a inséré aucune clause relative à la possibilité d'établir ce nouvel éclairage, c'était qu'elle entendait ne pas l'établir ou plutôt l'établir en supportant les conséquences dommageables vis à vis de l'ancienne concession. De plus, le Concessionnaire ancien ne peut se voir refuser toute indemnité sous prétexte qu'il a été mis en demeure d'accepter la nouvelle concession, puisque lors de la passation de la première, il n'a entendu s'engager que les choses restant en l'état, *rebus sic stantibus,* et qu'il faut tenir compte ici de l'intention des parties : un nouvel éclairage entraînerait pour lui l'engagement de nouveaux capitaux et de nouveaux risques à courir, qu'il préfère ne pas accepter.

Nous venons de voir une atteinte apportée à la situation individuelle du concessionnaire par l'établissement d'une concession concurrente. Il n'est pas besoin que cette atteinte apparaisse toujours d'une façon aussi flagrante, il suffit qu'il y ait aggravation de la situation telle qu'elle résulte de la volonté des parties. Ainsi la commune rend plus onéreux l'entretien de la canalisation à gaz par l'octroi d'une concession de

(1) C. d'E. 1902, Compagnie du Gaz de Deville-lès-Rouen, S. et P., 1902-3-17, note Hauriou. 13 mars 1903, ville de Caudry. Leb., p. 206, 26 nov. 1903, ville de Bagnères-de-Bigorre. Leb., p. 693, 23 juin 1906, ville de Tarascon, S. et P., 1908-3-147. Pand-Period. 1908-3-147 et les renvois.

tramways postérieurement à la concession d'éclairage, dans ce cas il y a aggravation de la situation financière du concessionnaire et réparation due par le concédant sauf recours contre la Compagnie des tramways (1).

B. — *Concessions de ponts à péage et de bacs.*

Une jurisprudence identique s'est élaborée en cette matière (1), et la responsabilité pécuniaire du concédant a été largement admise toutes les fois qu'on s'est trouvé en face d'une violation directe ou indirecte de la situation contractuelle du concessionnaire.

Envisageons d'abord le cas de violation indirecte de cette situation.

Pour ce, il convient de rechercher quelle est, dans l'intention des parties, l'étendue des droits accordés aux concessionnaires ? En vertu d'une jurisprudence nouvelle (3), en cas de silence de l'acte de concession, dans le périmètre de cinq cents mètres en amont et de cinq cents mètres en aval, le concessionnaire a un droit exclusif auquel l'administration concédente ne peut porter atteinte sans indemnité. Cette zône réservée est dite « port de bac » (4).

---

(1) Compagnie des Eaux contre ville de Rennes, 24 nov. 1905, p. 864.

(2) Ripert, *R. D. P.*, 1905; Teissier, *De la responsabilité de la puissance publique.*

(3) La jurisprudence antérieure, en l'absence de clauses formelles, donnant au concessionnaire un droit de passage exclusif, refusait tout droit à indemnité pour l'établissement, justifié par les besoins de la circulation, d'un nouveau pont dans le voisinage de l'ancien ; 17 janvier 1846, concessionnaire des 3 ponts, p. 43; 2 décembre 1858, Pont de Cubzac, p. 69.

(4) 12 mars 1875, Société des Ponts de St-Marcel et Cubzac, p. 258.

Au delà de ce périmètre l'Administration reprend ses droits absolus et ne doit aucune indemnité, car il n'y a aucune atteinte à une situation individuelle, intangible.

C'est là une interprétation de volonté parfaitement acceptable.

Mais très souvent l'acte de concession d'un pont contient expressément l'engagement de ne pas accorder de concession concurrente dans un certain périmètre du pont à construire. Il en résulte une certaine situation faisant naître un droit à une indemnité pour le concessionnaire dans la mesure où il éprouve un préjudice (1).

Cette jurisprudence, relative à l'établissement d'une concession concurrente en violation d'une disposition formelle de l'acte de concession, a été étendue aussi à tous les cas où il y a atteinte portée à la situation financière de l'entrepreneur.

Ainsi il est évident que le Conseil général a le droit de changer le tracé d'une route qui jusque là devait emprunter le pont, mais le concessionnaire était en droit de compter sur le péage que lui rapportait le passage des usagers de cette route départementale, et il saisira valablement les tribunaux d'une demande en indemnité égale à la diminution éprouvée dans la perception du péage (2).

De même l'Administration, pour répondre aux be-

---

(1) En ce sens, C. d'É., 26 mai 1853 ; Leb., p. 524; Dall, 54-3-55; 16 juillet 1857, Leb., p. 550; 20 mai 1858, Leb., p. 570.

(2) C. d'É., Pont de Dormans, 27 avril 1850, p. 407.

soins des habitants de la vallée, peut établir un gué artificiel, mais, comme elle détourne ainsi une partie du trafic du pont, elle devra une indemnité égale à la diminution du péage (1).

De même au cas d'établissement d'un pont canal construit pour le service du canal et ouvert gratuitement au public (2).

Dans toutes ces hypothèses, l'atteinte portée à sa situation individuelle est indirecte, résulte de l'établissement d'une concession concurrente, il se peut également que cette atteinte résulte d'un acte d'administration indépendant dont les effets se font sentir sur la situation financière du pont.

C'est le cas notamment de l'octroi d'une permission de voirie à un usinier tendant à l'établissement d'un bac à proximité du pont pour le transport des ouvriers d'une rive à son usine située sur l'autre rive (3).

Le Concessionnaire était ainsi privé d'une partie des droits de péage sur lesquels il avait pu compter quand il avait contracté et le Conseil d'Etat lui a alloué une indemnité.

Il est possible d'autre part qu'il y ait atteinte directe apportée à la situation individuelle du concessionnaire, faisant naître également un droit à indemnité. Cette source de dommages-intérêts provient de

---

(1) C. d'É., Pont de St-Marcel, 27 avril, 1875. p. 257; Molinary, 22 déc. 1882, p. 1079.

(2) C. d'E., Broussinac, 12 mai 1853, p. 524,

(3) C. d'É., Lauthier, 12 nov. 1880. Rec. p. 871.

modifications dans le tarif des droits pouvant être perçus par le concessionnaire. Celui-ci ne peut se fonder sur la violation de son contrat pour obtenir l'annulation du décret qui la lèse, mais il pourra réclamer des dommages-intérêts devant le juge du contrat pour un chiffre équivalent à la perte subie par l'application du nouveau tarif (1).

« Considérant que pour demander l'annulation pour excès de pouvoir du Décret qu'elle attaque, la Société requérante se fonde sur ce que ce Décret aurait porté atteinte aux droits qu'elle tiendrait de son contrat d'amodiation du bac de Dinard.

Mais considérant que si cette prétendue violation d'un contrat peut servir de base à une même action en dommages-intérêts contre l'Etat, elle ne peut donner ouverture à un recours pour excès de pouvoir. »

c. — *Concessions de tramways et d'omnibus.*

De même qu'en matière de concession du gaz, il y a pour les transports en commun intérêt au service monopolisé : et ici aussi on s'est trouvé en face du même obstacle, à savoir le principe de liberté du travail et de libre concurrence. En face d'une même difficulté on a usé du même procédé juridique pour la résoudre, c'est-à-dire qu'au lieu d'avoir ici un

(1) Cons. d'État, 14 mars 1902, p. 189.
(2) Id., Société Fichet et Cie 13 janvier 1905.

monopole de droit, on a institué un monopole de fait en accordant à titre exclusif le monopole des autorisations de voirie ou des permis de stationnement des véhicules sur la voie publique. Seulement tandis que l'occupation de la voirie est une faveur que l'Administration peut discrétionnairement refuser, le stationnement est un droit auquel il ne peut être porté atteinte. Cependant la jurisprudence est arrivée à le limiter par l'extension des pouvoirs de police du Maire.

C'était la condition nécessaire pour que tous les quartiers soient également bien desservis, aussi bien les quartiers pauvres, que les quartiers riches, ceux-ci venant combler les pertes qu'occasionnent l'exploitation de ceux-là : comme il s'agit d'un service public, tous les habitants ont un égal droit au fonctionnement du service à leur profit.

La jurisprudence, d'abord hésitante, s'est finalement prononcée pour la validité de ces engagements et cela par des motifs juridiques et aussi avant tout pour des raisons d'opportunité. Elle a proclamé notamment la légalité de ces engagements en cassant des jugements des tribunaux de simple police acquittant des entrepreneurs accusés d'avoir violé des arrêtés de police destinés à assurer le monopole, en tant que ces arrêtés violés étaient illégaux (1).

Mais si la légalité de ce monopole de fait était re-

---

(1) Cass. 14 février 1858, DALL., 58-1-256; Cass. 14 novembre 1868, DALL., 69-1-382.

connue, il y avait encore à apprécier son étendue. La Ville en conférant au concessionnaire un monopole de voirie n'a pu accorder aucun droit sur les voies ne relevant pas de la voirie municipale. Dès lors, voici comment les choses se passaient (1), aussi bien en matière de concession d'éclairage que de concession de transport en commun à titre de monopole : toutes les voies qui traversent le territoire de la commune ne font pas partie de son domaine public, il peut exister des routes départementales ou des chemins vicinaux de grande communication où la délivrance des permissions de voirie, appartient non pas au maire, mais au préfet. Si le Préfet venait à délivrer ces permissions à d'autres industriels que les concessionnaires de la commune pour leur permettre d'organiser des services concurrents, on ne pouvait reprocher à la commune d'avoir violé ses engagements (2), car ce qu'elle en avait concédé ce n'est pas le monopole du service, c'était le monopole des autorisations de voirie rentrant dans sa compétence.

Il y avait là une source d'abus possibles : les communes pouvaient, en provoquant l'initiative des autorités départementales, faire indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement et aboutir ainsi à une véritable violation du monopole conféré.

Aussi la jurisprudence a-t-elle admis la responsabilité indirecte de la Commune, toutes les fois que

---

(1) Cf. R*ipert, R. D. P.*, 1905.

(2) C. d'É., 17 nov. 1882. Dall., 84-3-17 et conclusions du Commissaire du Gouvernement Marguerie.

les autorisations de voirie ont été accordées par le Préfet sur la demande formelle du Conseil municipal et du maire (1).

La pratique administrative a enfin couronné cette jurisprudence en décidant (Circulaire du 15 août 1893) (2), que désormais les autorisations de voirie pour les distributions d'eau et d'éclairage ne seraient plus accordées par le Préfet qu'aux communes, sauf la faculté pour celles-ci de rétrocéder leurs droits aux concessionnaires. Il valait mieux prévenir que réparer.

C'est par application de ces principes que le Tribunal de la Seine a rendu son jugement relatif à la Compagnie des Omnibus de Paris, du mois de juin 1903 (3).

Voici en quelques mots l'espèce.

L'article 1er de l'acte de concession de 1860 reconnaît à la Compagnie des Omnibus le droit exclusif de faire circuler ses voitures avec faculté de stationnement sur la voie publique, ce qui n'est en somme qu'une concession du service public de transport, puisque seul le stationnement et l'arrêt permettent de l'assurer.

Or, au cours de la concession est intervenue une concession concurrente de tramways de pénétration faite par l'Etat au profit d'une autre Compagnie, la

---

(1) C. d'É., 20 juillet 1896. Dall , 98-3-1. C. d'É., 20 mars 1903. Leb. 245. Cf. également C. d'É. 28 janvier 1910, p. 72, Châlets de commodité

(2) S. 1894. *Lois annotées*, p. 657.

(3) *Gazette des Tribunaux* 1er juin 1903 et s.

responsabilité de la Ville peut-elle être mise en jeu de ce chef ?

A ce propos, le Tribunal, après avoir posé le principe de la responsabilité indirecte lorsque le concédant a provoqué, pris l'initiative d'une concession concurrente à accorder par une autre personne publique, a recherché dans l'espèce présente si cette condition se trouvait ici remplie et c'est parce qu'il n'a pu relever dans les circonstances de la cause aucun fait de la ville de nature à engager sa responsabilité, autre qu'un simple avis favorable donné par le Conseil municipal au projet de concession, qu'il a refusé d'admettre cette responsabilité.

De même en cas d'atteinte apportée par les travaux de construction d'une nouvelle entreprise de transport une réparation sera due par le concédant qui lui-même pourra agir en garantie contre le second concessionnaire, si toutefois cette seconde entreprise n'est pas exploitée directement par le concédant lui-même.

C'est en ce sens que le Conseil d'Etat a statué dans son arrêt du 3 février 1905 relatif à la Compagnie générale des Omnibus contre la ville de Paris. L'hypothèse était la suivante. Par suite des travaux d'établissement du chemin de fer métropolitain, la Compagnie des Omnibus de Paris a dû supporter des dépenses supplémentaires d'exploitation qu'elle n'avait pu prévoir lors de la concession, consistant en établissement de lignes provisoires empruntant un itinéraire autre que celui prévu, en réfection des lignes endommagées par suite de l'affaissement du sol, consistant

aussi en préjudice résultant d'accidents occasionnés aux chevaux destinés à la traction par cette détérioration du sol ; ces travaux en outre étaient la cause d'accidents de personnes dont la Compagnie était responsable. Enfin par suite de ces déviations d'itinéraires le trafic avait subi une diminution.

Le Conseil de Préfecture n'avait admis qu'une partie des réclamations, mais le Conseil d'Etat faisant droit aux réclamations de la Compagnie des Omnibus, et conformément aux conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Saint-Paul, étend la mission des experts à l'ensemble des chefs de réclamation pour la détermination du préjudice éprouvé par la Compagnie par suite des travaux de construction du Métropolitain, car « il ne pouvait entrer dans la commune intention des parties que les concessionnaires de tramways auraient à subir sans indemnité des bouleversements aussi considérables et d'une durée aussi anormale que ceux qu'a entraînés la construction d'un chemin de fer souterrain dans Paris, entreprise à laquelle nul ne songeait en 1854 ; des travaux de cette nature et de cette importance excèdent manifestement ceux dont la voie publique pouvait être l'objet sans motiver une indemnité au profit du concessionnaire. (1) »

Cette jurisprudence est constante, et a été appliquée également dans le cas de préjudice éprouvé par

---

(1) Extrait des conclusions de M. Saint-Paul.

la Compagnie des Omnibus lors de l'exécution des travaux de l'Exposition (1).

2° Atteinte indirecte a la situation individuelle du concessionnaire résultant de création ou augmentation d'impots ou taxes.

a. — *Taxes d'octroi.*

De nombreuses instances sont intervenues en cette matière (2) intentées tantôt par des entrepreneurs de travaux municipaux, tantôt par des concessionnaires de services municipaux lésés dans leurs intérêts par des créations ou des majorations de droits d'octroi au cours de leurs travaux ou pendant la période d'exécution de leur contrat. Il est hors de doute que la commune peut établir ces droits d'octroi, ou encore les modifier sans que le concessionnaire puisse s'y opposer valablement.

Mais, ces taxes frappant précisément les matières premières essentielles de leurs opérations, il y a modification apportées à la situation contractuelle, et la ville arriverait ainsi indirectement à reprendre d'une main les avantages que de l'autre elle leur don-

(1) Cie des Omnibus 3 février 1905, p. 110 ; Ministère du Commerce, 19 mai 1905, p. 464. Conclusions de M. Saint-Paul dans ces deux affaires. Cf. également, Cie Parisienne de l'air comprimé, 5 mars 1909, p. 249.

(2) Cf. Teissier, *De la responsabilité de la puissance publique.*

nait. Pour plus de clarté il convient d'envisager successivement plusieurs hypothèses.

a) Il n'y a pas de difficultés lorsqu'une clause expresse du contrat a déchargé l'entrepreneur ou le concessionnaire de tout droit sur des matières premières déterminées : et il en est ainsi souvent dans les contrats de concessions du gaz en ce qui concerne le charbon nécessaire à la fabrication du gaz. En pareille hypothèse il n'y a qu'à appliquer ces clauses, et celles-ci sont considérées comme tacitement maintenues au cas de renouvellement de la concession sans rappel exprès de la disposition stipulant l'exonération des droits sur les charbons (1).

b) Pas de difficultés encore lorsque le contrat prévoit l'allocation d'une indemnité correspondante à l'augmentation ou à l'établissement de taxes douanières sur les denrées objets du marché : ainsi le règlement du 26 mai 1866 (art. 134 et 135), sur les marchés de fournitures du service des subsistances de la guerre, auquel se réfèrent tous les cahiers des charges des adjudications de cette nature. Et le Conseil a de cette clause fait maintes applications (2).

c) Aucune disposition ne prévoit l'établissement de droits d'octroi, et il n'en existe pas au moment de la

---

(1) C. d'E., ville d'Amiens, 9 juillet 1859, p. 477; ville de St-Pierre-lès-Calais, 18 mars 1869, p. 226; commune de Mamers, 28 déc. 1894, 94, p. 722

(2) C. d'É., 23 mai 1888, Parry. Leb., p. 306; 7 août 1891, Brunet. Leb., p. 606; 18 mars 1898, Menier. Leb., p. 245; 14 juin 1901, Hertz Leb. p. 536.

passation de l'acte de concession, du moins sur les matières premières utilisées par le concessionnaire.

Dans ce cas le Conseil de Préfecture en première instance, et le Conseil d'Etat en appel, doit rechercher l'intention des parties, or le plus souvent les parties ont entendu traiter les choses restant en l'état; c'est en se basant sur l'exonération actuelle que la Compagnie a consenti des conditions aussi avantageuses, il serait contraire à l'équité, et ce serait en quelque sorte opérer une expropriation indirecte, de mettre à sa charge cette taxe nouvelle. Sur ce point le Conseil d'Etat n'a pas hésité à proclamer la responsabilité de la commune. Le Concessionnaire ne doit pas supporter cette charge nouvelle soit que l'entrepôt lui ait été accordé, soit que ces droits perçus lui soient, non pas remboursés comme le dit la jurisprudence, car perçus légalement, mais comptés dans l'allocation de dommages-intérêts.

Cette jurisprudence s'est affirmée d'abord en matière de Travaux publics au cas d'établissement de droits sur les matériaux de construction (1).

Puis logiquement elle a été étendue aux concessions d'éclairage par le gaz en cas de création de droits sur les charbons (2).

« Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à

---

(1) C. d'É., Jacquot et Cordillot, 17 janvier 1873, p. 75. Ville de Lyon, Cie des Asphaltes, 6 février 1891. Leb., p. 82.

(2) Et aussi au cas exceptionnel d'une taxe d'octroi sur le gaz (29 déc. 1905, p. 1014). C. d'É., Gaz de Montluçon, 9 avril 1897, conclusions du C. du G. Arrivière. Leb., 97, p 305.

l'époque où la Compagnie requérante a conclu avec la municipalité de Montluçon un traité pour l'éclairage de la ville par un gaz extrait de la houille, aucune taxe d'octroi n'était établie sur le charbon, que c'est en tenant compte de cet état de choses que les parties contractantes sont convenues des prix fixés par le traité tant pour l'éclairage public que pour l'éclairage privé ; que, dans ces conditions, la ville de Montluçon n'a pu, sans porter atteinte au traité qu'elle avait passé, exiger de la Compagnie du gaz le paiement d'une taxe d'octroi frappant une matière première employée à la fabrication du gaz, et que, dès lors, la Société requérante est fondée à demander la restitution des droits exigés d'elle ; que, par suite, il y a lieu d'annuler l'arrêté attaqué et de condamner la ville à rembourser à la Compagnie une somme de 24.095 fr. 65 représentant le montant non contesté des droits d'octroi perçus sur les charbons servant à la fabrication du gaz » (1).

Seulement la jurisprudence emploie un terme défectueux, celui de restitution ou de remboursement des droits perçus : en effet ces droits ont été perçus légalement, mais, aggravant la situation individuelle du concessionnaire, ils donneront droit pour celui-ci à une indemnité correspondante.

Devait-il en être de même au cas où nous sommes seulement en face d'une élévation des droits existants

---

(1) Id. C. d'É., ville de Tarascon, 12 juin 1854, p. 789; Seive et consorts, 27 nov. 1856, p. 667.

au moment de la concession ? Ici, en effet, dit-on, le concessionnaire a dû envisager l'éventualité d'une augmentation de ces droits, il est en effet plus facile d'augmenter des droits existants que de le créer.

En ce sens toute une jurisprudence s'était formée (1).

Aujourd'hui cette jurisprudence est complètement abandonnée. Aucune distinction n'est faite entre l'établissement et la majoration, les parties sont réputées avoir fixé les prix unitaires, dans tous les cas, d'après le taux des droits établis au moment où sont intervenues leurs conventions, et les contractants des communes doivent être déchargés de toutes les conséquences onéreuses dérivant pour eux des majorations ultérieures de ces droits. Le Conseil d'Etat l'a expressément décidé en 1895 pour un entrepreneur de travaux publics, dans les termes suivants (2) :

« En ce qui concerne la restitution des surtaxes d'octroi établies sur les matériaux au cours des travaux.....

Considérant que, si les matériaux étaient, à l'époque de l'adjudication, frappés de droits d'octroi à l'entrée de la ville de Digne, il ne résulte d'aucune disposition du marché que les surtaxes établies pos-

---

(1) C. d'É., Cie du Gaz de Vazennes contre ville de Lille, 17 avril 1874. Leb., 74, p. 339. Union des Gaz, 7 août 1883, p. 749.

(2) C. d'É., Silvestre et Rosazza contre ville de Digne, 29 décembre 1895, p. 678.

térieurement aient été prévues par les parties dans les calculs pour la composition des prix ; que, par suite, c'est à tort que le Conseil de Préfecture a refusé de condamner la Ville en remboursement des surtaxes d'octroi payées par les entrepreneurs... »

Et depuis il a étendu cette jurisprudence en matière de concession du service d'éclairage (1).

« Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à l'époque où les requérants ont conclu avec la municipalité de Bergerac un traité pour l'éclairage de la ville par le gaz, le charbon — matière première essentielle — n'était frappé que d'un droit d'octroi de 0 fr. 15, que dès lors, en l'absence de toute clause du marché visant l'hypothèse d'une modification des droits établis sur ce produit, les parties contractantes doivent être réputées avoir tenu compte de l'état de choses alors existant pour convenir des prix fixés tant pour l'éclairage public que pour l'éclairage privé ;

Considérant qu'au cours de l'exécution du marché les sieurs Bardy ont été tenus d'acquitter d'abord une taxe sur le charbon supérieure à 0 fr. 15, puis sur le gaz fabriqué et sur le coke en remplacement de la première ; qu'ainsi ils ont dû supporter un surcroît de charges qui provient du fait même de la ville et à raison duquel ils sont fondés à réclamer, à titre

---

(1) Sieurs Bardy contre ville de Bergerac, 29 décembre 1905, p, 1014.

de compensation, une indemnité égale au montant des nouveaux droits exigés. »

Une jurisprudence identique s'est établie lorsque des délibérations de Conseils municipaux supprimèrent la faculté d'entrepôt à domicile, reconnue au profit de concessionnaire par l'acte de concession, et par suite sur le maintien de laquelle ce dernier était en droit de compter pendant toute la durée de son traité (1).

B. — *Autres taxes.*

Il est intéressant de rapprocher de cette jurisprudence relative aux droits d'octroi celle relative aux taxes perçues en matière maritime sur le concessionnaire du service postal.

Tandis que le service postal continental est exploité en Régie par l'Etat, et il n'en pouvait guère en être autrement, le service postal par voie maritime est encore soumis au régime de la concession, ce qui s'explique surtout par raison d'économie, on évite ainsi l'armement de bateaux-poste spéciaux. On a dès lors organisé ce service suivant la concession, puis il y a eu désignation d'un concessionnaire, et passation d'un contrat établissant ses droits et ses obligations.

Or, il est arrivé que pendant la concession l'Etat ait aggravé indirectement la situation individuelle de son co-contractant en établissant, ou en laissant éta-

---

(1) C. d'É., Ville d'Amiens, 9 juillet 1859, p. 477; ville de St-Pierre-lès-Calais, 18 mars 1869, p. 226.

blir des droits de tonnage, ou encore des taxes de péage. Le Concessionnaire doit-il les supporter sans pouvoir en récupérer le montant par l'allocation de dommages-intérêts ? Nous ne le croyons pas, en l'absence de clause formelle nous appliquerons le même principe que pour les créations de droit d'octroi au cours d'une concession d'éclairage au gaz, à savoir, comme le disait M. le Commissaire du Gouvernement Arrivière, à propos de l'arrêt du 9 avril 1897, « que les parties sont censées avoir stipulé en prenant pour base de leurs conventions les faits existants au moment de la passation du Contrat. »

C'est d'ailleurs à cette solution que s'est rangée la jurisprudence dans l'arrêt du 20 mai 1904. *Compagnie Marseillaise de Navigation à vapeur* (1).

« Considérant que par une convention du 29 février 1892 la Compagnie requérante s'est engagée à assurer le service maritime postal entre la France continentale et la Corse et à transporter les passagers et le matériel de l'Etat à des prix réduits ou même gratuitement dans certains cas déterminés, que postérieurement à cette date un Décret du 31 juillet 1894, pris en exécution de la loi du 30 janvier 1893, a établi dans le port de Bastia des taxes que la Compagnie a dû acquitter pour les passagers et le matériel de l'Etat embarqués ou débarqués dans ce port.

« Considérant qu'en raison de la nature particulière de ces droits, l'éventualité de leur établissement n'a-

(1) Leb., p. 425.

vait pas été prévue au moment de la convention précitée et que la Compagnie n'avait pas pu en tenir compte dans la fixation des conditions de transport qu'elle consentait à l'Administration, qu'il suit de là que la Compagnie requérante est fondée à demander à l'Etat le remboursement des charges nouvelles qui lui ont été ainsi imposées et qu'il y a lieu de le renvoyer devant le ministre pour être procédé à la liquidation des sommes qui lui sont dues pour cette cause. »

Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il a été rendu contrairement aux conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Teissier pourtant l'un des partisans les plus ardents de la responsabilité de l'Etat pour aggravation des engagements contractuels. M. Teissier se fondait sur ce que, tandis que la Commune qui a contracté modifie elle-même les conditions économiques et financières du marché par l'établissement de droit d'octroi, ici le marché est passé par l'Etat, tandis que les droits de péage sont établis par les Communes soit à leur profit, soit au profit des Chambres de commerce pour les couvrir de leur concours financier. Nous répondrons à cela que l'Etat, possédant le droit de tutelle, peut, en autorisant la perception de ces péages dans le décret ou loi qu'il édicte, insérer toute exemption utile. En outre nous estimons que, alors même que ces péages auraient pour but des dépenses d'amélioration d'accès et d'outillage du port, il ne pouvait entrer dans l'intention des parties de mettre ces droits à la charge définitive du concessionnaire. Celui-ci aurait dès lors le choix entre

la résiliation de la concession ou l'exercice d'une action en dommages-intérêts (1).

Cette théorie a été encore suivie par le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 19 novembre 1909, Compagnie Générale Transatlantique, qui, à la différence de l'arrêt de 1904, rejette la demande en dommages-intérêts, mais encore pour le même motif qu'il avait fait droit à celle de 1904, l'intention des parties. Il s'agissait d'une réforme apportée par Décret dans le mode de jaugeage des navires, dont l'effet était d'augmenter la jauge nette des bâtiments français servant de base à la perception de certaines taxes établies au profit de l'Etat. Mais la Compagnie Transatlantique était en mesure de compter sur cet accroissement des charges, puisqu'il existait une loi du 5 juillet 1836 prévoyant dans son article 6 une réforme dans le sens de l'abandon de notre système de jaugeage pour un système conforme à celui en usage dans les pays de grande navigation. Etant donné ce texte, la Compagnie a dû prévoir cet accroissement de charges et n'a pas entendu l'éviter en stipulant des dommages-intérêts éventuels.

En résumé l'on voit dans tous ces arrêts une confirmation de notre théorie. Toutes les fois qu'il est porté atteinte à la situation financière, indemnité correspondant à l'accroissement des charges, ou si l'atteinte est trop forte résiliation de la concession.

---

(1) Cf. sur ce point, article de Jèze : *De la responsabilité des patrimoines administratifs. R. D. P.*, 1910, p. 78.

CONCLUSIONS

Nous croyons avoir suffisamment montré que depuis quelques années la conception de l'acte de concession subit une *crise*, une évolution qui tend à opérer en lui un changement radical dans l'appréciation de sa nature juridique.

Nous avons vu la jurisprudence se permettre de grandes libertés d'interprétation à l'égard des concessions, dont elle proclamait encore le caractère exclusivement contractuel, par suite user d'un procédé d'interprétation souvent critiquable. Puis peu à peu apparaître dans ces arrêts une conception complexe de la nature juridique de l'acte de concession tenant à la fois à la subsistance du service public malgré la concession et à l'existence de liens contractuels entre le Concédant et le Concessionnaire. L'acte de concession étant selon l'expression de M. le Commissaire du Gouvernement Blum « *en un sens, un agissement financier à forme certaine, en un autre sens le mode de gestion d'un service public à besoins variables* », ou en d'autres termes l'acte de concession étant tout à la fois un acte législatif ou réglementaire en tant qu'il règle l'organisation du

service concédé, plaçant le concessionnaire dans une situation légale, et un acte individuel, contractuel en tant qu'il règle les droits et obligations du concessionnaire, faisant naître à son profit une situation intangible.

En somme on distingue de plus en plus les *conditions financières* de la concession qui sont à proprement parler l'objet du contrat ; et d'autre part les *conditions de l'exploitation* du service concédé qui échappent au contrat, dans la mesure où les nécessités du service public sont supérieures à des conventions particulières, et qui, dans cette même mesure, relèvent du pouvoir réglementaire.

Tandis que les clauses relatives à l'organisation du service concédé donnent ouverture au recours pour excès de pouvoir au cas où leur modification réglementaire intervient au mépris d'un texte législatif ou réglementaire, celles relatives aux conditions financières de l'exploitation donnent ouverture à un recours en indemnité ou même en résiliation de la concession, lequel comprend nécessairement l'examen des répercussions que la réglementation peut exercer sur l'économie du Contrat. C'est-à-dire que le Conseil d'Etat, tout en reconnaissant que telle ou telle mesure de réglementation, relative à l'exploitation du service, est légale, et en rejetant, par conséquent, le recours pour excès de pouvoir, réserve aux intéressés le droit de saisir le juge du contrat de demandes en dommages-intérêts, s'ils estiment que les mesures réglementaires prises ont faussé à leur détriment l'équilibre financier du contrat.

D'ailleurs cette théorie, créée par Duguit et défendue également à l'heure actuelle par les professeurs Jèze et Mestre (1), n'est pas entièrement nouvelle, et n'est en somme que la vieille théorie du fait du prince (2), mais vue sous un autre jour et contenue dans une conception juridique solide. Au début on hésita à formuler une théorie juridique par laquelle on puisse expliquer certains pouvoirs qui de toute nécessité doivent appartenir à l'Administration : on met en avant l'idée de fait du prince qui se rapproche étroitement de l'idée d'arbitraire : or en droit le régime du bon plaisir, de l'arbitraire ne peut être qu'un régime transitoire qui le plus vite possible doit faire place à un régime de légalité, où chacun est régi par des rapports juridiques certains : c'est ainsi que de plus en plus la jurisprudence admet que le concessionnaire est à la fois régi par des rapports légaux ou réglementaires, modifiables à tout moment par le Concédant à cause de son obligation au bon fonctionnement du service, et par des rapports contractuels, intangibles en ce qui concerne sa situation particulière.

A la conception de l'acte de concession *instrument régulateur* de l'exploitation du service concédé qui était celle de la concession contrat, fait place celle de l'acte de concession *instrument compensateur* des pertes que le concessionnaire pourrait subir du chef de la réglementation par le Concédant.

---

(1) S. 1911-1-33.

(2) Sur ce point, Cf. la note d'Hauriou sous l'arrêt du 11 mars 1910. Sirey, 1910.

Cela s'explique d'ailleurs tout naturellement par la situation différente où l'on se trouve à l'heure actuelle et où l'on se trouvait vers 1840.

A cette époque nous étions aux débuts des entreprises de Chemins de fer, d'Omnibus et de Tramways, d'Eclairage au Gaz, les concessionnaires étaient considérés comme apportant aux Administrations publiques un concours indispensable étant donné le danger pour le crédit public à raison de l'incertitude sur les risques d'exploitation de ces services de transport en commun et d'éclairage. Dès lors on était plus frappé par les risques courus par le concessionnaire, et par la nécessité de ne pas diminuer ses chances de gain, que par l'intérêt même du service, dont bientôt l'organisation ne correspondait plus aux besoins du public.

Depuis, la situation s'est singulièrement modifiée : les bénéfices réalisés par certains concessionnaires, le sans-gêne avec lequel certains d'entre eux ont traité le public, la résistance qu'ils ont opposée aux demandes d'amélioration les plus raisonnables, le fait que les administrations publiques se sentaient maintenant assez fortes pour exploiter en régie, ou tout au moins en régie intéressée, les entreprises concédées ont rendu beaucoup moins bonne la situation des concessionnaires. La préoccupation d'améliorer le service, et de pouvoir l'améliorer constamment, a grandi, tandis que celle de ménager la situation du concessionnaire a diminué ; en un mot l'exploitation du service par le procédé de la concession doit être aussi souple, aussi adapté aux besoins variables du public que s'il y avait

Régie. Dès lors la conception de la concession acte exclusivement contractuel était un obstacle à la réalisation de cet idéal, et il était naturel que l'on recherchât si dans l'acte de concession il n'y avait réellement qu'un acte contractuel, ou si plutôt il n'y avait pas en même temps qu'un acte contractuel un acte législatif ou réglementaire. Le forfait d'exploitation n'étant plus un obstacle à toute modification, mais seulement le point de comparaison pour l'appréciation des indemnités, car les aggravations apportées aux charges de l'exploitation donneront lieu suivant les cas, à indemnité ou même, si elles bouleversent l'économie du contrat, à une demande en résiliation.

Il n'y a pas lieu, par suite, de s'inquiéter outre mesure de ses modifications, puisqu'elles sont faites dans l'intérêt des administrés et que le concessionnaire n'en souffre pas, toute aggravation de charges non prévue dans l'acte de concession devant rester à la charge de l'Etat, celui-ci tenant à garder sa réputation d'honnête homme.

Vu, le Doyen de la Faculté,
DE CAQUERAY.

Vu et permis d'imprimer.
Pour le Recteur,
Le Vice-Président du Conseil de l'Université,
DE CAQUERAY.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE 7
INTRODUCTION 11

PREMIÈRE PARTIE

Nature juridique de l'acte concession de service public.. 17
CHAPITRE I. — *Concession acte contractuel* 18
CHAPITRE II. — *Concession acte unilatéral* 24
Paragraphe 1. — Théorie absolue d'Otto Meyer 25
Paragraphe 2. — Théorie de la concession-licence et de la concession-contrat 27
Paragraphe 3. — Théorie de la concession acte unilatéral complexe 30
CHAPITRE III. — *Concession acte complexe* 34
Paragraphe 1. — Acte législatif ou réglementaire 36
Paragraphe 2. — Acte condition 39
Paragraphe 3. — Acte contractuel 40

DEUXIÈME PARTIE

Etude de la Jurisprudence 47
SECTION I. — *Des recours possibles* 49
SECTION II. — *Conséquences de cette nature juridique complexe dans les modifications apportées à la concession...* 55
CHAPITRE I. — Modifications à la situation légale ou réglementaire du concessionnaire 55
CHAPITRE II. — Atteintes à la situation individuelle 77
Paragraphe 1. — Atteintes directes résultant de modifications dans l'organisation du service 77
Paragraphe 2. — Atteintes indirectes 80
1° Octroi d'une concession concurrente 81
2° Création ou augmentation d'impôts ou de taxes 99
CONCLUSION 109